

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00534 01.

Demandante: **MIRYAM ALCIRA HERRERA RUIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **MIRYAM ALCIRA HERRERA RUIZ** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad por ineficacia de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, así como los demás dineros aportados por la demandante durante todo el tiempo que ha estado afiliada al RAIS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00534 01.

Demandante: **MIRYAM ALCIRA HERRERA RUIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fl. 10 a 54 archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fl. 66 archivo 03), presentó escrito de allanamiento a las pretensiones de la demanda.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Myriam Alcira Herrera Ruiz, a la AFP Colfondos, contenida en el formulario No. 500408 del 1 de diciembre de 1994. **SEGUNDO:** Se le **ORDENA** a Colfondos a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Myriam Alcira Herrera Ruiz, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. **TERCERO: ORDENAR a Colfondos** devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR** a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial a Cajanal. **QUINTO:** Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones- **Colpensiones y Colfondos** Pensiones y Cesantías. **SEXTO:** Se condena en costas a **Colfondos y Colpensiones** a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada fondo

demandado. **SÉPTIMO:** se ORDENA la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que del interrogatorio de parte se avizora que la demandante tenía conocimiento del RAIS, también se puede observar que existe una negligencia de la demandante frente a consultar su situación pensional, la cual se está trasladando a los fondos demandados, máxime cuando los consumidores financieros no solo tienen derechos sino también obligaciones.

Señaló que debe verificarse la normatividad vigente para el año de 1994, anualidad en la cual la demandante se trasladó de Cajanal al RAIS, ya que si se declara una ineficacia, la cual busca retrotraer las cosas a su estado original no debe ser Colpensiones la que asuma la obligación de recibir a la accionante sino la UGPP, entidad que asumió los afiliados que estaban en Cajanal, pues debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 692 de 1994.

Adujo que, si bien Colpensiones no demostró a través de algún tipo de cálculo que se afectara el principio de sostenibilidad financiera, no puede desconocerse la jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala lo contrario.

Finalmente, respecto de la condena en costas, precisó que la entidad no se encuentra vencida en juicio y lo que recibió fue una orden de recibir las cotizaciones y vincular a la demandante en el RPM, además, dijo que la entidad presentó oposición porque la normatividad así lo indica ya que las personas que presentan una prohibición de traslado por edad no se pueden trasladar, por lo que Colpensiones actuó conforme a la ley y por ello es que se presenta oposición, por lo que no puede ser condenada en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 04 de agosto de 1981 presenta aportes en tal régimen a través de la otrora Cajanal (fl. 31 y 53 archivo 01); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 1° de diciembre de 1994 (fl. 31 archivo 01 y fl. 1 archivo 10).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 31 del archivo 01 y 1 del archivo 10, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 1° de diciembre de 1994 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Herrera Ruíz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (1° de diciembre de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios

recaudados; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, respecto de argumento presentado por la mentada demandada, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto

resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que acertada resulta la decisión proferida en primera instancia y en tal sentido será **CONFIRMADA.**

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada a Cajanal previo su traslado al RAIS en el año 1994, razón por la cual, Colpensiones argumenta que esta entidad no es quien debe recibirla de vuelta, atendiendo las consecuencias derivadas de la ineficacia. Por lo anterior, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que establece:

“ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.

Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente.”

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal, la cual finalizó en julio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00534 01.

Demandante: **MIRYAM ALCIRA HERRERA RUIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

En lo atinente a la petición elevada por Colpensiones de revocar la condena en costas impuesta, no se accederá a la misma, teniendo en cuenta que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00534 01.

Demandante: **MIRYAM ALCIRA HERRERA RUIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia

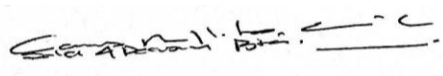
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO** adelanta contra **las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado por ella realizado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y como consecuencia de ello se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados.

Así mismo, depreca se declare que Colpensiones, en la responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 11), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 13), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

La **Procuraduría General de la Nación**, a través de la **Procuraduría 16 Judicial I para asuntos del Trabajo y la Seguridad Social** (archivo 12), intervino; en síntesis, precisó que, para las administradoras del Sistema General de Pensiones se desprenden varios deberes, entre ellos el deber de información, el cual resulta de imperativo cumplimiento a fin de que los usuarios tomen una decisión financiera y pensional de manera consciente y que ese Ministerio Público comparte la tesis plasmada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral con radicado 68852 de fecha 3 de abril del 2019.

3. Providencia Recurrída.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- ✓ La señora MARIA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO con la AFP PORVENIR el 26 de octubre de 1994 contenida en el formulario No. 303328.
- ✓ La señora MARIA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 1º de febrero de 1997 contenida en el formulario No. 97-0185152.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARIA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIRS.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, manifestó que con la decisión aquí proferida se genera una descapitalización del sistema pensional y al no estar la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

demandante afiliada al RPM no se cuenta con elementos suficientes para realizar una proyección, sin embargo, de las pruebas obrantes en el expediente se tiene que se pagaría a la demandante un aproximado de \$601.631.819 pesos y que en su cuenta de ahorro individual posee una suma de \$200.421.470 pesos, de donde se evidencia una diferencia, respecto de la cual responderían los afiliados al sistema general de pensiones que se tuvieron en cuenta en los cálculos que proyecta la entidad y además entraría a responder el presupuesto general de la Nación, pues los conceptos que se ordena devolver a Colpensiones no alcanzan a cubrir el “*descalabro pensional*” que se está generando.

Manifestó que en el plenario obra el formulario de afiliación suscrito por la demandante y que se presentan actos de ratificación o relacionamiento, pues como lo han señalado algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cuando una persona se traslada horizontalmente de un fondo a otro puede generar una ratificación por actos de relacionamiento, que ratifica con esa voluntad de afiliarse a otro fondo dentro del RAIS, así mismo existen otros actos como la voluntad de permanencia en el mismo, el pago de su aportes de cotización durante más de 25 años, actos que permiten que esa relación contractual se consolide con el paso de los años.

En caso de confirmarse la sentencia, solicitó se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que el artículo 48 de la Constitución indica que los recursos de las administradoras de pensiones son limitados y que no le es dable allanarse a las pretensiones de la acción, máxime cuando la demandante al momento de presentar la reclamación y la demanda, se encontraba inmersa en la prohibición legal por edad, contenida en la Ley 797 de 2003, además, ha de tenerse en cuenta que Colpensiones en un tercero de buena fe llamado al proceso, por lo que puede morigerarse la posición de la condena en costas por el hecho de ser derrotada en los términos del artículo 365 del CGP.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** indicó que, al ordenarse la devolución de los rendimientos financieros, rubro que incluye frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación, se estaría generando una doble condena por el mismo concepto,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

teniendo en cuenta que la indexación sería excluyente con la devolución de los rendimientos financieros, ya que estos superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo haber presentado sobre los aportes de la parte demandante y para sustentar ello citó sentencias proferidas por los Tribunales de Cundinamarca y Cali.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de agosto de 1983 presenta aportes en tal régimen (fl. 52 archivo 02 y archivo 14); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 26 de octubre de 1994 (fl. 28 archivo 02 y fl. 28 archivo 11), posteriormente se trasladó a la otrora HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy Porvenir S.A. el 01 de febrero de 1997 (fl. 27 archivo 02 y fl. 29 archivo 11).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 28 del archivo 02 y 28 del archivo 11, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de octubre de 1994 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Quijano Perdomo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de octubre de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, respecto de del argumento presentado por la mentada demandada referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben

suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próxima o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones referente a que esa entidad es un tercero de buena fe llamado a este proceso, pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben

² Ibídem.

retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que acertada resulta la decisión proferida en primera instancia y en tal sentido será **CONFIRMADA.**

En cuanto a orden de devolución de los rubros debidamente indexados, no se considera que con esta se imponga un doble pago, como lo menciona Porvenir S.A., puesto que el capital y sus rendimientos son dos conceptos distintos que se han visto sometidos a la depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, lo que también acaece con las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

En lo que respecta a la petición elevada por Colpensiones de revocar la condena en costas impuesta, no se accederá a la misma, teniendo en cuenta que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00163 01.

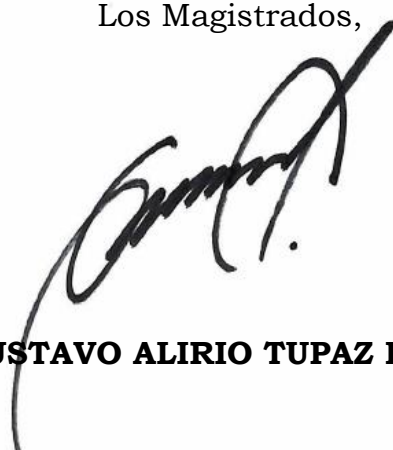
Demandante: **MARÍA DEL PILAR QUIJANO PERDOMO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

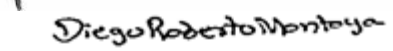
SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

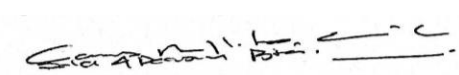
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00375 02.

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen efectuado el 25 de mayo de 1994 del ISS a Colfondos S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; y a esta última a recibir al actor sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00375 02.

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 97 a 104 archivo 01 y archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fl. 129 archivo 01), presentó escrito de allanamiento a las pretensiones de la demanda.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación del demandante señor CARLOS ARTURO DIAZ PEDRA a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción de afiliación realizada el 25/05/1994 a dicho fondo y por ende su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, se ordena regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor CARLOS ARTURO DIAZ PEDRA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ARTURO DIAZ PEDRA, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

devolución de ., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de *los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades*, que le hubiera realizado debidamente indexados y *los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima*, que le hubiera realizado, con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES el pago, las cotizaciones, rendimientos, intereses y lo los valores descontados por gastos administración y primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima corresponda a lo ordenado en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP COLFONDOS S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, así mismo, Condenar a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

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

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$ 1.000.000, a cargo de COLFONDOS S.A. incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 200.000 a cargo de Colpensiones

SEPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES indicó que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y obran en el plenario medios de prueba suficientes para determinar que dicho traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, además que en este caso no se evidencian vicios en el consentimiento.

Manifestó que, en el presente no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo al que se encuentra afiliado, el cual le suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, reiterando que no se evidencian

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00375 02.

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

vicios en el consentimiento, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, no fue obligado ni se ejerció presión ni fuerza para que se trasladara.

Señaló que, de manifestarse por la parte actora que la AFP Colfondos S.A. a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas lo obligaron a realizar el traslado de régimen, es quien tiene el deber de desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones.

Dijo que, el demandante se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al encontrarse a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión.

Finalmente, solicita se revoque la condena en costas, ya que esa entidad ha actuado bajo el principio de buena fe, en aplicación a las normas para el caso concreto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 24 de abril de 1979 presenta aportes a tal régimen (fl. 3 archivo 01 y fl. 12 archivo 04); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 25 de mayo de 1994.

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Colfondos S.A., no es menos cierto que en el certificado expedido por Colpensiones el 12 de marzo de

2019 (fl. 7 archivo 01) se anotó el traslado efectuado por el actor a Citi Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1994, así mismo, tal administradora se allanó a las pretensiones de la demanda, con lo que se entiende que acepta el traslado efectuado por el demandante en tal data; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colfondos S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Díaz Pedraza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de mayo de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, se itera, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, tal y como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que le actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se

expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, en virtud de lo cual cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que transgredió; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00375 02.

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

En lo que respecta a la petición elevada por Colpensiones de revocar la condena en costas impuesta, no se accederá a la misma, teniendo en cuenta que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00375 02.

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **COLFONDOS S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00375 02.

Demandante: **CARLOS ARTURO DÍAZ PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

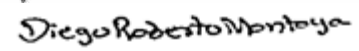
TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

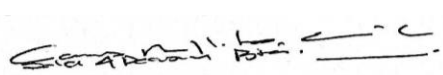
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00136 01.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ**, contra la providencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que este adelanta contra **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado y afiliación por él efectuado a la A.F.P. Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta trasladar a Colpensiones los aportes y cotizaciones realizadas junto con los rendimientos generados; y a esta última a activar la afiliación y aceptar y recibir el traslado de los aportes.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00136 01.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esa incoadas y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre las que se encuentra la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Archivos 08 y 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó sentencia **absolutoria**.

Para llegar a tal determinación indicó que el demandante cotizó al ISS de manera interrumpida y que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1° de abril de 1994, no se encontraba activo cotizando en el RPM y que su primera cotización al Sistema General de Pensiones lo fue al RAIS a través de Colfondos S.A., como se observa en el formulario de afiliación.

Citó las sentencias con radicado 39772 del 05 de octubre de 2010 y la CSJ SL-214 de 2020, para reiterar que el demandante no se encontraba cotizando al sistema a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que su primera vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones lo fue con Colfondos en el año de 1996, por lo que no resulta dable hablar de traslado de régimen, en tanto hasta ese momento expresó su voluntad de selección inicial del régimen y por ello no hay lugar a analizar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00136 01.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen y por ende su ineficacia.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta acertada la decisión de primera instancia al no invalidar la afiliación efectuada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A.?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la afiliación al régimen pensional.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como una de las características del Sistema General de Pensiones la obligatoriedad de su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00136 01.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

afiliación, así como la autonomía y libertad que tienen las personas para elegir el régimen de pensiones que deseen, entre otras.

Por su parte, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, textualmente establece:

“Artículo 13. Permanencia de la afiliación. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.”

Al punto, en sentencia CSJ SL 1806 del 2022 Rad. 88669, expuso:

“Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que **la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos.** Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

“La precisión del concepto ‘afiliación’ también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina ‘alta’, y aquellas en las que no lo está (se denomina ‘baja’). (Subraya la Sala)”

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que **la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepensible**, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

(...)

Entonces, **la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.**

(...)

Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial,

y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esta forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.” (Negrilla fuera de texto)

Descendiendo al caso particular, obra historia laboral allegada por Colpensiones (archivo 09) donde se evidencia que el demandante se afilió al ISS hoy Colpensiones el 16 de enero de 1985 y presenta cotizaciones desde dicha data hasta el 01 de mayo del mismo año y luego desde el 21 de julio de 1986 al 26 de agosto de 1988 y posteriormente se afilió al RAIS a través de Colfondos S.A. el 02 de enero de 1996, como se evidencia en el formulario de afiliación y el reporte SIAFP allegados al plenario (fl. 135 archivo 01, fl. 93 archivo 06 y fl. 88 archivo 88).

Así las cosas, es claro que el señor Cuello Ramírez efectuó su inscripción o vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 16 de enero de 1985 al otrora Instituto de los Seguros Sociales, y conforme la jurisprudencia en cita, este un acto jurídico único, vitalicio e irrepetible, sin que pueda desconocerse su existencia y la cual no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, tal y como sucede en este caso, por ello, no se comparten los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, pues, pese a que el demandante dejó de cotizar por algunos periodos, ello no significa que no se encontrara vinculado al sistema o que su vinculación inicial a este deba desconocerse.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que existe una vinculación inicial al sistema y una posterior escogencia de régimen pensional, procede la Sala a verificar si esta resulta ineficaz ante la presunta falta del deber de información por parte de la A.F.P. con la que se realizó la afiliación al RAIS.

3.2. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, atendiendo las precisiones referidas en el título 3.1. de esta decisión, es claro que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de enero de 1985 presenta aportes a tal régimen (archivo 09); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 02 de enero de 1996 fl. 135 archivo 01, fl. 93 archivo 06 y fl. 88 archivo 88); y realizó traslado horizontal entre administradoras del RAIS, a la A.F.P. PORVENIR S.A., el 05 de diciembre de 2001 (fl. 123 archivo 01 y fl. 72 archivo 07).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 135 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 02 de enero de 1996 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Cuello Ramírez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (02 de enero de 1996) el fondo privado

tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00136 01.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia consultada** a fin de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Mario Rafael Cuello Ramírez a la A.F.P Colfondos el 02 de enero de 1996; en consecuencia, se ORDENARÁ a Porvenir S.A., fondo en el que se encuentra afiliado actualmente, devolver a Colpensiones la totalidad de los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual del señor Cuello Ramírez, incluyendo los aportes, rendimientos generados, bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Ahora bien, dicha **orden será extensiva a Colfondos S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, conceptos que deben devolverse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 012 2021 00136 01.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia consultada a fin de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Mario Rafael Cuello Ramírez a la A.F.P Colfondos el 02 de enero de 1996, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. – **ORDENAR** a:

2.1. PORVENIR S.A., devolver a Colpensiones la totalidad de los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual del señor Cuello Ramírez, incluyendo los aportes, rendimientos generados, bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales, rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

Demandante: **MARIO RAFAEL CUELLO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

2.2. COLFONDOS S.A., devolver a Colpensiones los gastos de administración y seguros provisionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales deberán pagarse debidamente indexados.

2.3. Así mismo, DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

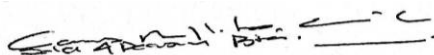
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2020 00167 01.

Demandante: **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de diciembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado realizado del ISS hoy Colpensiones a la AFP Porvenir S.A., así como el realizado posteriormente a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses; y a esta última a recibir dichos dineros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2020 00167 01.

Demandante: **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 28), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 29 y 30), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 31), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante Señora **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por LA A.F.P. **PORVENIR S.A.**

Señalando como consecuencia de tal declaración. que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**

SEGUNDO. – CONDENAR a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, donde se encuentra actualmente afiliado la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES**, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, de conformidad con la parte motiva de este proveído, obligación que también recae en la A.F.P. **PORVENIR S.A.**

TERCERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO. - CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, manifestó que, la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP del RAIS y como los actos jurídicos tienen efectos inter partes, la decisión adoptada no puede favorecer ni perjudicarla.

Indicó que, ordenarle recibir a la demandante como su afiliada afecta el principio de sostenibilidad del sistema de seguridad social en pensiones, pues con su regreso al RPM existe una alta probabilidad de futuros reconocimientos de derechos pensionales, lo que genera un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema y la reserva presupuestal que se destina para tales fines, además, señaló que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, y en caso de disponer el retorno de la demandante al RPM, solicitó condenar a la AFP que incumplió con el deber de información, al pago de los perjuicios económicos que ello genere a Colpensiones, en virtud de la teoría del año, según la cual, quien causa un daño es el obligado a repararlo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2020 00167 01.

Demandante: **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como el posterior realizado a PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2020 00167 01.

Demandante: **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

desde el 26 de marzo de 1984 presenta aportes en tal régimen (fl. 135 archivo 03), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 10 de mayo de 1994 (fl. 74 archivo 30), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a PROTECCIÓN S.A., el 1° de febrero del 2002 (fl. 66 archivo 03 y fl. 34 archivo 31).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 74 del archivo 30, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 10 de mayo de 1994 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ramírez Hernández se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de mayo de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por la apelante referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto del principio de la relatividad jurídica, ha de decirse que esta es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

² Ibídem.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2020 00167 01.

Demandante: **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PORVENIR S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condenar a la AFP que incumplió su deber de información al pago de perjuicios, dicha pretensión no fue elevada en el presente juicio, por lo que fulminar condena frente a tal concepto, vulneraría el derecho de defensa y contradicción de la AFP con la que la demandante realizó el traslado inicial de régimen, por ello, no se accederá a tal pedimento.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PORVENIR S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**
- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 014 2020 00167 01.

Demandante: **AMPARO DE LA GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

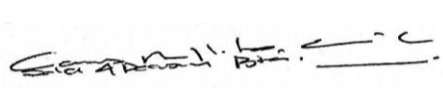
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00323 01.

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

AUTO

Se acepta la renuncia al poder allegada por la Dra. María Camila Bedoya García, como apoderada de Colpensiones.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPESIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la “nulidad por ineficacia” de su afiliación y traslado al régimen de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00323 01.

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de Protección S.A., así como el posteriormente realizado a Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. y Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización y demás dineros aportados al RAIS; y a esta última a “inscribirla” son solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 19, 19.1 y 34), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y caducidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 21), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 23), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00323 01.

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual por la señora demandante **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND** el día 12 de abril del año 1994 a través de la Administradora Davivir hoy representado por **PROTECCION S.A** como consecuencia de lo anterior ordenar a **COLFONDOS** donde actualmente se encuentra afiliado trasladar los recursos que obran en su cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos y bono pensional si ya está acreditado a la administradora del régimen de prima media a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado, consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, y declarar no demostradas las excepciones propuestas.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que en efecto las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.

4. Argumentos de las recurrentes.

LA DEMANDANTE, indicó que el concepto de agencias en derecho es de “mero criterio objetivo”, sin que sea dable realizar una valoración subjetiva de la intervención que tuvieron las partes en el desarrollo de una actuación procesal, razón por la cual hay lugar a imponer condena en costas y agencias en derecho en contra de cada uno de los demandados.

COLPENSIONES, manifestó que, se estableció que a la demandante se le brindó información al momento del traslado de régimen, que tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tanto así que se trasladó horizontalmente entre fondos del RAIS, lo cual es considerado por la Corte Suprema de Justicia como actos de relacionamiento, que son capaces de sanear la presunta deficiencia de información brindada al momento del traslado, el cual fue una decisión libre y voluntaria de la demandante.

Indicó que, atendiendo la consecuencia de la ineficacia, esto es la exclusión de todo efecto jurídico, las AFP demandadas deben trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; que la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de ello, las partes debe devolver a la otra lo que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00323 01.

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió, por lo que el restablecimiento debe ser pleno o completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la otrora A.F.P DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 25 de enero de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 1 archivo “historia laboral” carpeta 19.1), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 12 de abril de 1994 (fl. 42 archivo 05 y fl. 56 archivo 23), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a COLFONDOS S.A., el 12 de abril del 2013 (fl. 42 archivo 05 y fl. 56 archivo 23).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para

el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 42 del archivo 05 y 56 del archivo 23, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 12 de abril de 1994 con la extinta A.F.P. DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos*

preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)””.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Barreto Mcfarland se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de abril de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00323 01.

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tal y como lo solicita Colpensiones. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, **también deberá devolver los rubros pagados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00323 01.

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, atendiendo los argumentos presentados por la parte actora, frente a las costas de las que se absolvió a las demandadas, se **REVOCARÁ el numeral segundo** de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a las accionadas Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones. Lo anterior, como quiera que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, **también deberá devolver los rubros pagados por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **PROTECCIÓN S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**

Demandante: **FLOR TERESA BARRETO MCFARLAND.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para CONDENAR en costas a las accionadas Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia

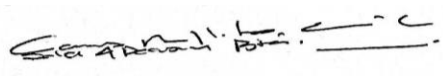
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00172 01.

Demandante: **MARIO CÉSAR REYES RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **MARIO CÉSAR REYES RODRÍGUEZ**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 06 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que **el recurrente** adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare que la pensión de vejez reconocida por Colpensiones mediante Resolución SUB 355122 del 27 de diciembre de 2019, tuvo su causación a partir del 20 de septiembre de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al reconocer y pagar las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde el 20 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, así como los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes **hechos**:

1) Nació el 20/09/1955; **2)** Se afilió al sistema general de pensiones con el ISS el 01/04/1975, cotizando hasta el 31/08/2017 un total de 2.120 semanas; **3)** Su empleador efectuó el último aporte para el periodo de agosto de 2017; **4)** El 06/09/2017 radicó ante Colpensiones solicitud de pensión de vejez; **5)** Mediante Resolución SUB 209974 del 27/09/2017, Colpensiones negó la solicitud de reconocimiento pensional, declarando la pérdida de competencia para resolver la solicitud; **6)** Contra dicha Resolución interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones SUB 226936 del 13/10/2017 que confirmó la decisión atacada, y DIR 19990 del 08/11/2017 en el mismo sentido; **7)** El 08/11/2019 radicó ante Colpensiones, solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez; **8)** Colpensiones, mediante Resolución SUB 355122 del 27/12/2019 le reconoció la pensión de vejez a partir del 01/01/2020 por valor de \$5.544.446; **9)** La liquidación de la prestación económica se basó en 2.120 semanas cotizadas entre el 01/04/1975 al 31/08/2017, para su cálculo, se tuvo en cuenta un IBL de \$7.285.737 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 76.10%; **10)** El 24/01/2020 interpuso recurso de apelación en contra de la anterior Resolución, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 20/09/2017; **11)** A través de Resolución DPE 2673 del 14/02/2020, Colpensiones resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión atacada.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivos 11 y 12 carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Indicó, en síntesis, que para el 06/09/2017, fecha en la que el demandante solicitó la prestación, se encontraba vigente el proceso ordinario laboral No. 11001310500720170015700, que cursaba en el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, en el que se pretendía el reconocimiento pensional, razón por la cual, al existir un pleito pendiente,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00172 01.

Demandante: **MARIO CÉSAR REYES RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

mediante Resolución SUB 209974 del 27/09/20017 Colpensiones negó la solicitud de reconocimiento pensional.

Manifestó que, para el 08/11/2019, el actor radicó ante la entidad una nueva solicitud de reconocimiento pensional, aclarando *“que en la solicitud se menciona que para dicha data en el proceso ordinario laboral con radicado 11001310500720170015700 había sido resuelto de forma absoluta para Colpensiones de las pretensiones incoadas”*, por lo que mediante Resolución SUB 355122 del 27/12/2019 se reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 01/01/2020.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que Mario Cesar Reyes Rodríguez, tiene derecho al reconocimiento a la pensión de vejez a partir del 20 de septiembre de 2017, de acuerdo con lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar al demandante la suma única de \$ 158.289.658 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 20 de septiembre de 2017 y el 31 de diciembre de 2019, indexado al momento de su pago, para lo cual se **AUTORIZA** a la demandada a descontar los aportes en salud.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: Costas a cargo de la demandada. Agencias en derecho 1 SMLMV.

SEXTO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que fue demostrado que el demandante nació el 20/09/1955 por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2017, cotizó al régimen de prima media un total de 2.120,86 semanas y su último periodo cotizado fue el mes de agosto de 2017, que Colpensiones reconoció la pensión a partir del 01/01/2020, fijando como primera mesada la suma de \$5.544.446.

Manifestó que, el actor cumplió con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez el 20/09/2017, por lo que su reconocimiento debía efectuarse desde tal data, máxime cuando el

último periodo efectivamente cotizado fue en el mes de agosto del 2017, de lo que se infiere que la voluntad del afiliado era no seguir cotizando para disfrutar el derecho a la pensión de vejez.

Frente a los intereses moratorios, expuso que el no reconocimiento de la prestación desde la data que se ordena, estuvo justificado, como se evidencia en la Resolución SUB 209974 del 27/09/2017, donde Colpensiones declaró la falta de competencia para conocer de la solicitud, teniendo en cuenta que para esa época se encontraba pendiente una decisión por parte de la jurisdicción ordinaria laboral, razón por la cual, en uso de las facultades ultra y extra petita consagradas en el artículo 50 del CPTSS, ordenó la indexación del retroactivo pensional.

Finalmente, señaló que las mesadas reclamadas no se encuentran sujetas al fenómeno prescriptivo, como quiera que la reclamación administrativa se presentó el 06/09/2017 y la demanda se radicó el 06/07/2020, esto es, dentro del término consagrado en el artículo 151 del CPTSS.

4. Argumentos del recurrente.

La parte demandante, manifestó que en el expediente administrativo milita prueba de que el día 08/11/2019 se radicó ante Colpensiones un derecho de petición, por el cual se solicitó el reconocimiento y pago de una pensión y en tal petición se le informó a la demandada que el proceso ordinario por el cual había declarado su falta de competencia, había sido desistido y ello se había aceptado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que conllevó a que Colpensiones, a través de la Resolución SUB 355122 del 27/12/2019 ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con lo que es claro que la demandada, desde ese momento, retomó la posibilidad de estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento pensional del demandante, siendo su deber verificar desde cuando se tenía derecho a tal prestación y es por ello que se solicita se revoque la absolución del pago de intereses moratorios, concepto que, conforme sentencia SL388-2014 tienen un carácter resarcitorio y deben ser impuestos cuando haya retardo, independientemente de la buena o mala fe.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Resulta acertado el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante a partir del 20 de septiembre de 2017?, y ¿Debe condenarse a Colpensiones al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la pensión de vejez.

El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez; esta norma señala:

“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (...).”

Descendiendo al caso concreto, de las pruebas arrimadas al plenario, se observa que, en efecto, mediante Resolución SUB 355122 del 27 de diciembre de 2019¹, Colpensiones reconoció al demandante una pensión de vejez a partir del 01 de enero del 2020 en cuantía de \$5.544.446, por lo que esta Sala procede a verificar si la fecha a partir de la cual Colpensiones reconoció la prestación se encuentra acertada.

Así las cosas, tal y como fue reseñado por la *a quo*, el demandante cumple con los requisitos establecidos en la norma trasunta, pues cumplió 62 años el 20 de septiembre de 2017, al haber nacido el mismo día y mes del año 1955² y para dicha data había cotizado 2.133,86 semanas, más de las 1.300 semanas exigidas por la norma en cita³, de manera que, en principio, resultaba procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 20 de septiembre de 2017, pues para esa fecha, se itera, el actor cumplía con los dos requisitos establecidos en la norma, esto es edad y semanas cotizadas, para acceder a la prestación.

Ahora bien, para determinar la fecha del reconocimiento prestacional, necesario resulta verificar la desafiliación del actor del sistema, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos,

¹ Archivo GRF-AAT-RP-2019_15074187-20191227022847.pdf sub carpeta 14 carpeta 01.

² Conforme copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 3 del archivo 01 de la carpeta 01.

³ Archivo 12 carpeta 01

que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

De esta manera, conforme la historia laboral allegada por Colpensiones actualizada a 8 de junio del 2021⁴, el último periodo cotizado por el actor fue el mes de agosto de 2017, cumplió los requisitos para acceder a la prestación el 20 de septiembre de 2017 y presentó la petición de reconocimiento pensional el 06 de septiembre de 2017⁵, de lo cual se infiere la intención del señor Reyes Rodríguez de cesar su vinculación al sistema para obtener el derecho pensional, razón por la cual, se considera acertada la decisión de la *a quo* de reconocer la prestación pensional a partir del 20 de septiembre de 2017.

Así las cosas, procede la Sala a verificar el monto de la mesada pensional para el año **2017**, para lo que, con ayuda del Grupo Liquidador se efectuaron las operaciones aritméticas del caso⁶, encontrando que la mesada pensional para dicha anualidad corresponde a la suma de **\$4.973.433,01**, para el año **2018** la suma de **\$5.176.846,42** y para el año

⁴ Archivo 12 carpeta 01

⁵ Archivo GRP-FSP-AF-2017_9411755-20170906022344.pdf sub carpeta 14 carpeta 01

⁶ Las cuales se anexan y hacen parte integral de esta sentencia.

2019 la suma de **\$5.341.470,13**, y un **retroactivo pensional** comprendido entre el 20 de septiembre de 2017 y el 31 de diciembre del 2019 por un valor total de **\$158.455.439,44**, sin embargo, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, no hay lugar a su modificación.

3.2. De los intereses moratorios.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente).

Por otra parte, la misma Corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el caso específico, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 06 de septiembre de 2017, petición que fue resuelta mediante la Resolución SUB 209974 del 27 del mismo mes y año⁷, en la que Colpensiones declaró la falta de competencia para resolver su solicitud,

⁷ Archivo GRF-AAT-RP-2017_9411755-20170927091121.pdf sub carpeta 14 carpeta 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00172 01.

Demandante: **MARIO CÉSAR REYES RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

teniendo en cuenta que se encontraba en trámite, ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el proceso ordinario laboral No. 1100131050072017001570, el cual, para dicha data, tenía programa audiencia de conciliación para el día 19 de octubre de 2017.

Por lo anterior, encuentra esta Corporación acertada la decisión de primera instancia frente al particular, como quiera que se encontraba pendiente una decisión judicial dentro del mentado proceso, y su sentido no podía ser pronosticado por Colpensiones, sin que ello se evidencie como caprichoso por parte de dicha entidad; así mismo, encuentra procedente la orden de indexar las sumas a las que condena, atendiendo la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Finalmente, en cuanto a la prescripción, se encuentra que tal fenómeno no acaeció en este asunto, pues la reclamación administrativa inicial se radicó el 06 de septiembre de 2017⁸ y la demanda se presentó el 06 de julio del 2020⁹, sin haber superado el término trienal contenido en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –CONFIRMAR la sentencia de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos.

⁸ Archivo GRP-FSP-AF-2017_9411755-20170906022344.pdf sub carpeta 14 carpeta 01

⁹ Archivo 04 carpeta 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00172 01.

Demandante: **MARIO CÉSAR REYES RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

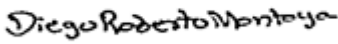
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

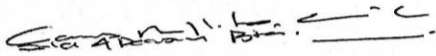
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. GUSTAVO TUPAZ RADICADO: 110013105016202017201 DEMANDANTE : MARIO REYES DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional e indexar según instrucciones del despacho.			

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
20/09/17	31/12/17	5,75%	\$ 4.973.433,01	4,37	\$ 21.717.324,1
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.176.846,42	13,00	\$ 67.299.003,4
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.341.470,13	13,00	\$ 69.439.111,8
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 5.544.446,00	0,00	\$ 0,0
Total retroactivo				\$ 158.455.439,34	

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

miércoles, 2 de agosto de 2023

Recibe:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00069 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de la afiliación efectuada del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada el 27 de octubre de 1999 a través de Colfondos S.A., así como el posterior traslado realizado a Porvenir S.A. el 30 de marzo del 2004.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. retornar a Colpensiones los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00069 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

todos sus frutos, intereses y rendimientos; y a esta última a recibirla como su afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 08), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivo 06, carpetas 7 y 8), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARTHA LUCIA CARREÑO SIERRA** al régimen de ahorro individual el **27 de octubre de 1.999**, con fecha de efectividad a partir del **1º de diciembre del mismo año** por intermedio de **COLFONDOS S.A.**, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a **PORVENIR S.A.**; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -*aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales*-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **MARTHA LUCIA CARREÑO SIERRA**. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a **COLPENSIONES**, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora **MARTHA LUCIA CARREÑO SIERRA** por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: 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.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de **COLFONDOS S.A.** y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como

agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión **CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que la demandante se afilió al RAIS de manera libre, voluntaria e informada, con fundamento en las cargas legales impuestas a la AFP para el año 2004, fecha del traslado horizontal; que las obligaciones por las que se le reprocha a la AFP fueron impuestas posteriormente y las declaraciones o condenas desconocen el principio de la irretroactividad y de la seguridad jurídica.

Adujo que la demandante recibió información clara y completa sobre el RAIS, lo que se demuestra con el interrogatorio de parte, donde confiesa haber tenido dos re asesorías en las que se le habló de la pensión anticipada, los aportes voluntarios, de la cuenta de ahorro individual, de los rendimientos, lo que denota que estaba debidamente informada, además, la actora suscribió los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, manifestó expresamente que no estuvo coaccionada y tampoco objetó ni elevó sus dudas ante la AFP durante más de 20 años.

Indicó que, la orden de devolver conjuntamente los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales no es “coherente” con la consecuencia de declaratoria de ineficacia; que esos rendimientos son privativos del RAIS y su devolución pondría a la demandante en una condición diferente dado que recibiría dineros que no se generan en el RPM.

Expuso que Porvenir S.A. actuó como un agente de oficio involuntario respecto de Colpensiones, en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, y creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro y al declararse la ineficacia devuelve rendimientos superiores a los que hubiera tenido la demandante de haber gestionado sus aportes Colpensiones, por lo que debe reembolsarse la utilidad efectiva obtenida, lo que se traduce que solamente estaría obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que hubieran tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad.

Refirió que debe ordenarse el reconocimiento de las restituciones mutuas, ya que esa AFP administró unos recursos que aumentaron “ostensiblemente”, por lo que tiene derecho a una compensación económica, pues si ello no sucede resultaría en un enriquecimiento sin causa a favor del RPM; que el traslado de los dineros entre regímenes pensionales debe hacerse de acuerdo a la norma específicamente prevista para ello, esto es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Indicó que no comparte la condena de devolución de seguros de invalidez y sobrevivencia, como quiera que esos emolumentos se trasladaron

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00069 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

a las aseguradoras contratadas y con ello la demandante tuvo cobertura durante toda su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, con lo que tales dineros cumplieron con la finalidad establecida en la ley; adicionalmente, no comparte la orden de indexación, ya que la devolución de los rendimientos financieros incluye los frutos e intereses obtenidos con los dineros que la AFP recibe como consecuencia de la afiliación de la demandante, entendiendo que este rubro sería excluyente con la indexación, ya que, condenar adicionalmente a esta última sería una doble sanción.

Finalmente, solicitó mantener la no condena en costas a Colpensiones, ya que no fue la administradora que realizó el traslado de régimen de la demandante.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que, la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y en cumplimiento de las solemnidades legales; que la más afectada es esta entidad en atención al principio de sostenibilidad del sistema, máxime cuando el traslado se realizó en el año 1999, habiendo así transcurrido aproximadamente 23 años, siendo “imposible” probar las circunstancias que dieron lugar a la suscripción del traslado, máxime cuando, para tal data no era obligatorio dejar un registro documental del mismo.

Indicó que, el deber de información sólo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2031 de 2015 y los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, informado y sin presiones, por cuanto las leyes existentes entre 1993 y 2014 no exigían nada diferente al formulario de afiliación donde consta la decisión de querer pertenecer al RAIS, documento que la demandante suscribió.

Finalmente, solicitó que, en caso de que la sentencia de primera instancia se confirme, se condicione su cumplimiento por parte de Colpensiones, a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, teniendo en cuenta que esta entidad no podrá dar cumplimiento hasta tanto no sean reintegrados esos recursos y solicitó no se le condene en costas, ya que no participó en el acto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00069 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

que se presume ineficaz y es un tercero que no tuvo que ver con el acto celebrado entre la demandante y la AFP.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y la demandada Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00069 01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de octubre de 1984 presenta aportes en tal régimen (fl. 38 y 121 archivo 01 y 45 archivo 10), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 27 de octubre de 1999 (fl. 107 archivo 01 y fl. 22 archivo 08), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a PORVENIR S.A., el 30 de marzo del 2004 (fl. 95 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 107 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 27 de octubre de 1999 con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, sin que se esté exigiendo documento adicional o prueba específica para demostrar el cumplimiento del deber de información, ya que la AFP encartada se encontraba en libertad de usar cualquiera de los medios

probatorios consagrados en nuestra legislación para demostrar el cumplimiento del mentado deber, especialmente porque para ello no existe tarifa legal de prueba, sin que ello, hubiera acaecido.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Carreño Sierra se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (27 de octubre de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., con quien realizó el traslado inicial de régimen, el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

De otro lado, respecto de las restituciones mutuas, tema expuesto por Porvenir S.A. en su recurso, en sentencia CSJ SL2877 del 2020 Rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

“(…) a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las

² Ibídem.

circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta acertada la condena proferida por la *a quo*, dado que es oportuno que dentro de los valores que se deben devolver por parte de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, deban incluirse los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, valores pagados por seguros previsionales, comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de

pensión mínima, debidamente indexadas, de igual forma es pertinente que dichos valores deban aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo determinó la *A Quo*, por lo que su decisión se **confirmará**.

Por las mismas razones, se hace plausible confirmar que COLFONDOS S.A. deba devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente indexados y discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., por lo que el numeral tercero de la sentencia apelada se **modificará**, para disponer que tales conceptos deberá aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la indexación, no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración,

pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de las AFP encartadas, a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00069 01.

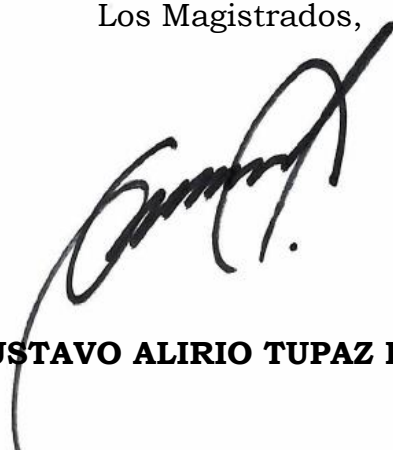
Demandante: **MARTHA LUCÍA CARREÑO SIERRA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

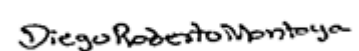
TERCERO. -. Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

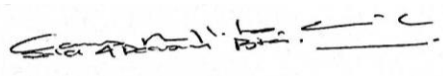
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintisiete Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 15 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que **ELKIN FERNANDO BERNAL** adelanta contra **PORVENIR S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los aportes y rendimientos causados; y a esta última a aceptarlo como afiliado, así como reconocer y pagar la pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición, el pago del retroactivo correspondiente, indexación e intereses moratorios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 63 a 93 Archivo 01 y carpeta 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 135 a 235 Archivo 01), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor ELKIN FERNANDO BERNAL del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ELKIN FERNANDO BERNAL, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliarse nuevamente al señor ELKIN FERNANDO BERNAL al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor ELKIN FERNANDO BERNAL bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, con el 90% del IBL que le resulte más favorable entre el de toda la vida laboral y el de los 10 últimos años, una vez el demandante acredite el retiro del Sistema General de Pensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, compensación y buena fe formuladas por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$3'000.000 como agencias en derecho.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES indicó que en el proceso no se demostró el supuesto engaño sufrido por el accionante así como la falta de información al momento de la asesoría, siendo un asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos, por lo que ello queda sujeto a lo que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión.

Manifestó que, al revisarse el formulario de afiliación y traslado suscrito por el accionante bajo la gravedad de juramento, en el mismo se encuentra la manifestación que lo hizo libre de apremio y por su propia voluntad, por lo que la afiliación del actor al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y en las oportunidades legales no manifestó su deseo de retractarse de las mismas, razón por la cual no puede ordenarse su regreso automático al RPM.

Expuso que, no se evidencia la existencia de vicio alguno de cometimiento en la voluntad del demandante al momento de la suscripción del formulario, que no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

Adujo que el actor debe asumir las consecuencias de las decisiones tomadas, que no son otras que regirse por las normas y procedimientos establecidos para el RAIS, al cual ha estado afiliado por 24 años, de modo que no es procedente alegar que ha sido engañado después de tanto tiempo.

Indicó que, al fundar sus peticiones en el hecho de haber sido engañado por el asesor del fondo privado, de conformidad con lo expuesto en el artículo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

167 del CGP, al accionante le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

Por lo anterior, dijo, al no haber lugar a la ineficacia del traslado al RAIS tampoco es posible un reconocimiento pensional por parte de Colpensiones y menos con base en el Decreto 758 de 1990.

Finalmente, solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia, no se condene en intereses moratorios a Colpensiones, toda vez que haría más gravosa la situación de la entidad y del erario público, resaltado que esta entidad nada tuvo que ver entre el negocio jurídico celebrado entre la parte actora y la AFP demandada, ya que Colpensiones es un tercero de buena fe por cuanto no le es imputable las decisiones tomadas por el demandante para trasladarse de régimen pensional y tampoco habría lugar a costas y agencias en derecho, pues ha actuado en estricto cumplimiento de orden legal.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la extinta HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 13 de mayo de 1976 presenta aportes a tal régimen (fls. 25 y 84 archivo 01); entre el 04 de agosto de 1983 y el 30 de junio de 1995 efectuó aportes a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi (fl. 260 y 303 archivo 01); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Solidaridad a través de la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 1° de noviembre de 1998, como da cuenta el reporte SIAFP (fl. 157 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Horizonte S.A., no es menos cierto que en el certificado SIAFP expedido por Asofondos (fl. 157 archivo 01) se anotó el traslado de régimen efectuado por el actor a dicha AFP el 01 de noviembre de 1998, sin que la falta de dicho documento dé por demostrado el deber de información que, en su momento Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., tuvo que haber cumplido y demostrado en el presente asunto, lo cual pudo hacer con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bernal se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de noviembre de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Ahora bien, como quiera que Colpensiones señaló en su recurso que el demandante ha estado afiliado al RAIS por 24 años pertinente resulta traer a colación el tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, respecto de lo cual, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la

sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Colpensiones, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, con lo que se financiará la pensión.

Así mismo, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante y que se mencionan en dicho numeral, deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

3.2. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez es sabido que el Acto Legislativo 01 del 2005 modificó el régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Por tanto, se debía acreditar a esta anualidad el cumplimiento del régimen anterior a la Ley 100 de 1993 para considerar que se era beneficiario del aludido régimen de transición.

En el caso, el actor solicita su prestación, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto resulta ser la normatividad contenida en el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, norma que establece que se debe acreditar un mínimo de 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o, 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo, y una edad de 60 años para el caso de los hombres.

Teniendo en cuenta lo anterior, de las pruebas allegadas al plenario se tiene que, conforme la certificación allegada a folio 42 del archivo 01 del expediente digital, desde el 03 de agosto de 1983 y por lo menos hasta el 12 de octubre de 2017, fecha de expedición de dicho documento, el señor Bernal laboraba como trabajador oficial desempeñando el cargo de Celador al servicio de la ESE Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha, por lo que, conforme lo señaló la *a quo*, para los servidores públicos del nivel municipal, como es el caso del actor, el sistema general de pensiones entró a regir el 30 de junio de 1995, data para la cual, el actor contaba con 40 años 8 meses y 24 días de edad, pues nació el 06 de octubre de 1954, conforme la copia del documento de identidad obrante a folio 53 del archivo 01, por lo que, por edad, es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 del 2005 en su parágrafo 4°, dispuso que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que a su entrada en vigencia, esto es 25 de julio del 2005, contaran con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, a quienes se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014.

Así las cosas, al revisarse la historia laboral del actor, la Certificación Electrónica de tiempos laborales - CETIL y la historia laboral allegada por Porvenir S.A. (fls. 84 a 91, 303 a 324 y 158 a 228 del archivo 01, respectivamente), se evidencia que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005 contaba apenas con las 525.81 semanas de

cotización, que resultan de los tiempos cotizados al ISS y al RAIS entre el 01 de julio de 1995 y el 25 de julio del 2005.

Pese a lo anterior, esta Sala se acoge al criterio recientemente expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en lo que respecta a la posibilidad de computar tiempos cotizados al ISS con tiempos públicos, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el Acuerdo 049 de 1990, posición que fue expuesta en sentencia CSJ SL 1947 del 2020 Rad. 70918 y reiterada en la CSJ SL 1981 del mismo año, en donde dicha Corporación indicó:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...] En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior

entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...] Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*.”

Acogiendo entonces el criterio antes señalado, se tiene que, los tiempos cotizados por el actor a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi, entre el 04 de agosto de 1983 y 30 de junio de 1995 (fl. 303 archivo 01), corresponden a un total de 621.76 semanas de cotización, que sumadas a las 525.81 semanas cotizadas al ISS y al RAIS entre el 01 de julio de 1995 y el 25 de julio del 2005, corresponden a un total de 1.147,57 semanas cotizadas para el 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, lo que permitía que al señor Bernal se le extendiera el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del 2014.

Así las cosas, el accionante debió acreditar los requisitos de la pensión del acuerdo 049 de 1990 al 31 de diciembre de 2014, data para la cual ya contaba con la edad requerida, pues cumplió 60 años de edad el 06 de octubre de 2014 (fl. 53 archivo 01) y, como en antecedencia se dijo, para el 25 de julio del 2005 ya contaba con más de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Así las cosas, como acertadamente lo expuso la *a quo*, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la

desafiliación al sistema del actor, pues el artículo 13 de la norma en mención, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Ahora bien, en este caso concreto la Certificación Electrónica de Tiempos Laborales – Cetil expedida el 22 de julio del 2019 (fl. 303 archivo 01), indica que para tal data el señor Bernal se encontraba activo en su vinculación como Celador del Hospital Mario Gaitán Yanguas, sin que obre prueba alguna que demuestre su desafiliación del Sistema General de Pensiones, lo que no permite inferir que se encuentre desafiliado del sistema, en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Al punto, pertinente resulta precisar que, si bien hechos como la ausencia de cotizaciones y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones permiten inferir, en los términos decantados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción la intención del afiliado de retirarse del sistema pensional (Sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605 y SL 4073 del 2020 rad. 59539), en este caso, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones y el principio de la *non reformatio in pejus*, no es posible agravar la condena impuesta a dicha entidad, condenando a un posible retroactivo pensional, máxime cuando la parte demandante no apeló lo pertinente respecto de la desafiliación del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los períodos que se pudieren haber

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2017 00629 01.

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, no queda otro camino que modificar la orden impartida en la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral CUARTO** de la sentencia, en los términos antes señalados.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia de primera instancia, para **ADICIONAR** que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante y que allí se mencionan, deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Demandante: **ELKIN FERNANDO BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

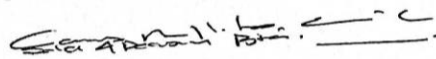
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2019 00584 01.

Demandante: **CECILIA FERRO GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **CECILIA FERRO GARCÍA**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que **la recurrente** adelanta contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del acto, solicitud o formulario No. 1010445273 que la vinculó con la AFP Colmena hoy Protección S.A., por medio del cual se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 03 de marzo de 1999, que, por aplicación directa al principio de favorabilidad, el régimen que más le conviene es el de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colpensiones a afiliarla y vincularla al RPMPD por esta administrado y se condene a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2019 00584 01.

Demandante: **CECILIA FERRO GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos financieros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a recibir dichos dineros.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su vinculación inicial.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Fls. 187 a 224 archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **SKANDIA S.A.** (fl. 225 a 277 archivo 01), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y presentó como excepciones de mérito en su defensa la de prescripción, entre otras

De otro lado, **PORVENIR S.A.** (fls. 277 a 305 archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la acción y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre las que se encuentra la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para llegar a tal determinación indicó, en síntesis, que la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no es aplicable a todos los casos de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y para su aplicación es

requisito fundamental que el afiliado lo haya sido inicialmente al régimen de prima media (RPM), de manera que, al declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS las cosas vuelvan el estado en que se encontraban antes de la deficiente asesoría y por ende el afiliado retorne al RPM.

Manifestó que, no son de recibo los argumentos presentados por la parte demandante, como quiera que, para hablarse del principio de igualdad se debe estar en presencia de personas que estén en las mismas condiciones, lo que no sucede en este caso pues la demandante nunca ha estado afiliada al RPM y tampoco puede hablarse del principio de favorabilidad, pues la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se consolidó en forma particular y concreta para el caso de los afiliados que se trasladaron entre regímenes pensionales y no puede generalizarse indistintamente a todos los afiliados.

Por lo anterior, estudio las pretensiones de la acción a la luz de la nulidad de la afiliación por vicios del consentimiento, por lo que la carga de la prueba de estos le correspondía a la actora, sin que ello hubiere acontecido, ya que de las pruebas aportadas al plenario se encontró que la afiliación efectuada por la demandante a la AFP Colmena hoy Protección S.A., cumplió con los requisitos de validez, pues al momento de la suscripción del formulario la actora era mayor de edad, el objeto y la causa del acuerdo de voluntades fue legal y no existe prueba que permite concluir que su consentimiento estuvo viciado por error, fuerza o dolo al momento de manifestar su voluntad de afiliación con la AFP Colmena hoy Protección.

Precisó que las características y condiciones del RAIS se encuentran consagradas en la ley, siendo obligación de la demandante conocerlas, pues su desconocimiento o interpretación errónea no viciaron su consentimiento expresado libre y voluntariamente, máxime cuando la ignorancia de la ley no sirve de excusa; además, tenía hasta antes de cumplir los 10 años anteriores a cumplir la edad mínima de pensión para trasladarse al RPM, sin que las AFP tuvieran la obligación de comunicar dicho límite, el cual es impuesto por la ley, que debía de conocer y pese a ello, permaneció afiliado al RAIS durante más de 23 años, trasladándose entre AFP de dicho régimen.

4. Argumentos de la recurrente.

La **parte demandante**, en resumen, indicó que el estudio del caso debe realizarse bajo la línea jurisprudencias de las ineficacias de traslado de régimen, haciendo una aplicación extensiva y garantista bajo los principios de igualdad y favorabilidad, en primer lugar y frente al principio de igualdad, debiéndose revisar que a todo afiliado al régimen de seguridad social en pensiones debe brindársele la información clara y precisa, como lo señala la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en segundo lugar y frente al principio de favorabilidad, ya que no solamente los vinculados al RPM tienen garantías respecto del deber de información y no solamente a ellos es a quienes debe brindársele la misma.

Expuso que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 es claro al hablar de la selección de cualquiera de los dos regímenes y la consecuencia jurídica cuando ello no se respeta es la establecida en el artículo 271 de dicha norma y como quiera que la fuente o el cimiento jurídico de la línea jurisprudencial de la Corte son estos dos artículos, no es desproporcional hablar de una extensión en su aplicación respecto de situaciones fácticas de vinculación inicial, por lo que, al ampliarse el criterio de interpretación, se deben aplicar las sub reglas establecidas en el precedente vertical y vinculante de las ineficacias de traslado de régimen.

Manifestó que, en este caso se dice que el deber de información se cumplió por parte de los fondos porque la demandante conoce y distingue algunas características del RAIS, pero no se le muestra la diferencia, el contraste y si no se le compara, no se le da a conocer la otra opción se está incumpliendo con el deber objetivo de información, que los traslados horizontales por ella efectuados no convalidan la falta del deber objetivo de información.

Concluyó indicando que, en caso de declararse la ineficacia, en prevalencia del derecho sustancial y de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución, por favorabilidad se debe calcular el régimen que más le convenga, pues siempre se vulneró su derecho a la libertad informada de selección de régimen pensional, por lo que automáticamente va a quedar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2019 00584 01.

Demandante: **CECILIA FERRO GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

afiliada a un régimen que se va a seleccionar por el principio de favorabilidad o luego de tener la asesoría pertinente.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta acertada la decisión de primera instancia al no declarar la ineficacia de la vinculación inicial realizada por la demandante al RAIS a través de la AFP Colmena S.A. el 03 de marzo de 1999?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la afiliación al régimen pensional.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como una de las características del Sistema General de Pensiones la obligatoriedad de su afiliación, así como la autonomía y libertad que tienen las personas para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2019 00584 01.

Demandante: **CECILIA FERRO GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

elegir el régimen de pensiones que deseen, entre otras, su literal b) permite a la persona elegir “libre y voluntariamente” el régimen que mejor convenga o se ajuste a sus intereses, elección que se surte con el diligenciamiento del formulario bien sea de afiliación inicial o de traslado.

Para lo que interesa al caso concreto, pertinente resulta traer a colación lo indicado en la sentencia CSJ SL 1806 del 2022 Rad. 88669, en donde el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción laboral, estudio un asunto de contornos similares y en la que expuso:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esta forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.

Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del *ad quem* de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba *antes* de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, **si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema** (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el *ad quem*.” (Negrilla fuera de texto)

Posición reiterada en la sentencia CSJ SL 4059 de 2022 Rad. 92819

Descendiendo al caso particular, obra formulario de afiliación suscrito por la demandante a la otrora A.F.P. Colmena AIG (fls. 36 archivo 01 y 30 y 33 archivo 05), en el cual se marcó la casilla correspondiente a “*vinculación inicial*”, adicionalmente, al rendir el interrogatorio de parte, la señora Fero García, confesó que la afiliación a la AFP Colmena fue la primera afiliación al sistema general de pensiones¹ y que previo a afiliarse a la misma no estaba afiliada al ISS².

Así las cosas, es claro que la demandante efectuó su vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con la A.F.P. Colmena hoy Protección S.A. el día 03 de marzo de 1999, escogiendo el régimen de ahorro individual, por lo que, conforme la jurisprudencia en cita no es posible invalidar o declarar la ineficacia de ese acto inicial, especialmente cuando no existe una vinculación previa de afiliación al sistema pensional, sin que pueda “*aceptarse que la violación del deber de informar acepta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema*”³, con lo que encuentra acertada la decisión tomada por la *a quo* sin que, para este caso concreto, pueda aplicarse la jurisprudencia que el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha establecido para los casos de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales.

Ahora bien, argumenta el recurrente que, conforme a los principios de igualdad y favorabilidad, debe aplicarse el precedente vertical antes referido, sin embargo, dichos argumentos no resultan de recibo para esta Colegiatura, como quiera que no se presenta o la demandante no es víctima

¹ Minujto 18:08 audiencia archivo 15

² Minuto 17:40 ibídem.

³ CSJ SL 1806 de 2022 Rad. 88669

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2019 00584 01.

Demandante: **CECILIA FERRO GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

de discriminación alguna, ya que para que le sea aplicado el precedente jurisprudencial establecido por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral respecto de ineficacias de traslado ante la falta del deber de información, deben presentarse, en este caso, situaciones similares a las allí decididas, situación que no ocurre, pues en el *sub examine*, la actora nunca ha estado afiliada al RPM, con lo que mal haría en hablarse de un traslado y de su ineficacia y, de otro lado, no se desconoce el principio de favorabilidad, pues este se presenta ante la duda sobre la aplicación o interpretación de dos o más normas vigentes que regulan la misma situación fáctica, lo que no ocurre en este caso.

Por lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

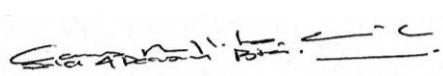
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2019 00584 01.
Demandante: **CECILIA FERRO GARCÍA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se fija como agencias en derecho a cargo de la demandante la suma de \$200.000 pesos, a favor de cada una de las demandadas.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00850 01.

Demandante: **CARLOS AUGUSTO CHACÓN TOVAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de octubre de 2022, en proceso ordinario laboral que **CARLOS AUGUSTO CHACÓN TOVAR** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia del traslado por él realizado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y por lo tanto, la nulidad de la afiliación hecha el 1° de mayo de 1995 a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A. la devolución de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos causados, así como se ordene a Colpensiones aceptar dicho regreso.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00850 01.

Demandante: **CARLOS AUGUSTO CHACÓN TOVAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (archivo 04), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO
DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada por el señor CARLOS AUGUSTO CHACON TOVAR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.487.316, efectuada el 28 de abril de 1995 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.
SEGUNDO
DECLARAR que CARLOS AUGUSTO CHACON TOVAR actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
TERCERO
ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de CARLOS AUGUSTO CHACON TOVAR a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gasto de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
CUARTO
ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de CARLOS AUGUSTO CHACON TOVAR, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.
QUINTO
CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES durante el tiempo en el cual estuvo afiliado el demandante.

Demandante: **CARLOS AUGUSTO CHACÓN TOVAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEXTO
DECLARAR NO PROBADAS , las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.
SÉPTIMO
COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de CUATRO (04) SMLMV.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, manifestó que, para la fecha del traslado del demandante, la norma aplicable era la Ley 100 de 1993, la cual establecía que la aceptación espontánea, libre, expresa e informada que el afiliado otorgaba para el cambio de régimen, se manifestaba con la firma plasmada en el formulario de afiliación; que las leyes que surgieron entre los años 1993 a 2016 no exigían nada distinto al formulario de afiliación, documento donde constaba la intención de pertenecer al RAIS, por lo que no resulta posible imponer cargas adicionales, pues ello se constituye en una situación de carácter imposible.

Señaló que la jurisprudencia invierte la carga de la prueba en cabeza de las AFP, suscitando una responsabilidad de carácter objetivo, al no exigir a los demandantes prueba alguna que demuestre vicio alguno en el consentimiento al momento de la afiliación al RAIS.

Indicó que el documento que demuestra que para el año 1995 se le brindó al demandante la información suficiente y necesaria para realizar el traslado, es el formulario de afiliación, por lo que Protección S.A. cumplió con la carga probatoria al arrimar tal documento, no siendo razonable ni jurídicamente válido imponer a la AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, ya que ello desvirtúa el debido proceso y el principio de legalidad.

Señaló que, en la sentencia de primera instancia, no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues en este asunto Colpensiones es un tercero que no tuvo que ver en el acto de traslado y como quiera que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, las consecuencias que derivan de su celebración sólo deben repercutir sobre las partes involucradas, razón por la cual Colpensiones no puede resultar ni favorecida ni perjudicada con el acto celebrado entre el demandante y Protección S.A.

Precisó que las características, condiciones y modalidades pensionales propias del régimen están consignadas en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto, no es dable alegar la ignorancia de la ley para excusarse.

Manifestó que el demandante ha permanecido en el RAIS por más de 27 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión que se apela, en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el art 48 de la Constitución, además, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone la prohibición de traslado cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad pensional mínima, lo cual tiene una razón de ser y es proteger fondo común que Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las pensiones a esta afiliados y así no generar un desequilibrio patrimonial.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de enero de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 2 archivo 10 y fl. 58 archivo 11) y, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 28 de abril de 1995 (fl. 30 archivo 04).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 30 del archivo 04, se avizora el formulario de afiliación que el demandante

suscribió el 28 de abril de 1995 con la extinta A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, sin que se esté exigiendo documento o prueba específica para demostrar el cumplimiento del deber de información, como lo aduce Colpensiones en su recurso, ya que la AFP encartada se encontraba en libertad de usar cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación para demostrar el cumplimiento del mentado deber, especialmente porque para ello no existe tarifa legal de prueba, sin que ello, hubiera acaecido.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Chacón Tovar se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de abril de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

De otro lado, respecto de lo reseñado por la recurrente en su recurso, referente a que las características y condiciones de los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este

asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argüido por la mentada demandada en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por dicha apelante referente a que el actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto del principio de la relatividad jurídica, ha de decirse que esta es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la

² Ibidem.

voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Colmena hoy Protección S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que acertada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00850 01.

Demandante: **CARLOS AUGUSTO CHACÓN TOVAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

resulta la decisión proferida en primera instancia y en tal sentido será **CONFIRMADA.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2019 00850 01.

Demandante: **CARLOS AUGUSTO CHACÓN TOVAR.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

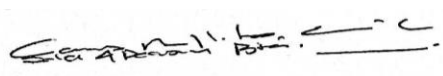
previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00093 01.

Demandante: **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de dicha entidad, contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 20 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado por ella efectuado el 01 de diciembre de 1999 al fondo de pensiones y cesantías Colmena S.A. hoy Protección S.A., así como las efectuadas posteriormente.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene su regreso al régimen de prima media (RPM), así como la devolución de los aportes y rendimientos financieros y la actualización de la historia laboral; así mismo,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00093 01.

Demandante: **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 01 de mayo del 2018, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 70.81% en aplicación de la Ley 797 de 2002, así como el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (Archivo 08), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 09 y carpeta 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 10), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó en su defensa excepciones de mérito, entre las que se encuentran la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00093 01.

Demandante: **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y recibir los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a reconocer y pagar a MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA la pensión de vejez establecida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que fue la que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en cuantía inicial de **\$3.785.411,25** en razón de 13 mesadas anuales. Suma que deberá ser indexada anualmente, a partir del 01 de enero de 2019, en la misma proporción del incremento en el IPC certificado por el DANE hasta tanto se haga efectivo el pago.

CUARTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA conforme quedó explicado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la pasiva en sus contestaciones.

SEXTO. COSTAS. Serán a cargo de las demandadas, tásense las agencias en un (01) SMLMV a cada una de ellas.

SÉPTIMO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES dada dentro del Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión en caso de no ser apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, indicó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFP, como quiera que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes, por lo que esa entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión.

Adicionalmente, solicita se revoque la condena al reconocimiento de la pensión, pues con esta decisión se está afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, debe entonces tenerse en cuenta el impacto que está causando en la reserva pensional.

Finalmente y, en caso de que se confirme la sentencia, solicita se disponga el pago a Colpensiones de los perjuicios económicos que le genera el hecho del regreso de la demandante a esa entidad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la otrora AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 04 de febrero de 1985 presenta aportes a tal régimen (fl. 29 archivo 01 y archivo 01 carpeta 15); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 1º de diciembre de 1999 (fl. 32, 63 y 68 archivo 10); posteriormente realizó traslados entre A.F.P. del RAIS, así: i) A COLFONDOS S.A. el 22 de noviembre de 2001 (fl. 68 archivo 10); y ii) el 26 de noviembre del 2009 a PROTECCIÓN S.A. (fl. 33, 50, 64 y 68 archivo 10).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 32 y 63 del archivo 10 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió en el mes de diciembre de 1999 con la otrora AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y que conforme al reporte SIAFP se realizó exactamente el 1° de diciembre de 1999 (fl. 68 archivo 10), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Morales Macia se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (1° de diciembre de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Ahora bien, y en cuanto a los traslados horizontales que la actora realizó dentro del RAIS a COLFONDOS S.A. y luego a PROTECCIÓN S.A., es de anotar que estos no suplen la obligación primigenia que tenía el Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 1999 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Lo anterior, guarda relación con el saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, respecto de lo cual, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada (Colmena hoy Protección S.A.) que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente a lo argüido por Colpensiones referente a que el fallo apelado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ha de señalarse que esta es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Colmena hoy Protección S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo argumenta Colpensiones en su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo

² Ibídem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00093 01.

Demandante: **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, se **ADICIONA** el mentado numeral para disponer que **COLFONDOS S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

3.2. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, la actora solicita su prestación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993; el artículo 33 de esta última norma (modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), establece que se debe acreditar un mínimo de 1.300 semanas de cotización y, para el caso de las mujeres, 57 años de edad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la demandante nació el 23 de mayo de 1961, a decir del documento de identidad visible a folio 13 del archivo 01, por lo que cumplió 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2018; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrojada por Colpensiones actualizada a 2 de marzo del 2021 (archivo 01 carpeta 15) y la allegada por Protección S.A. con fecha de generación 11 de marzo del 2021 (fls. 90 a 106 archivo 10), la demandante acredita 1.300 para el 30 de abril del 2010, cumpliendo así los requisitos de la norma en cita para el 23 de mayo del 2018.

Así las cosas, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00093 01.

Demandante: **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

De esta manera, revisada la historia laboral allegada por Protección S.A., con fecha de generación 11 de marzo del 2021 (fls. 90 a 106 archivo 10), se evidencia que la última cotización efectuada por la actora data del mes de febrero del 2021 y cumplió los requisitos para acceder a la prestación el 23 de mayo del 2018, de lo cual se infiere la intención de la señora Morales Macia de cesar su vinculación al sistema para obtener el derecho pensional.

Por lo antes expuesto, teniendo en cuenta que la última cotización efectuada por la demandante data del mes de febrero del 2021, fecha para la cual contaba con los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a la prestación pensional y que para su liquidación debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada, ha de reconocerse la misma a partir del 01 de marzo del 2021 y en tal sentido ha de modificarse el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

Ahora bien, al efectuar las operaciones aritméticas del caso, con ayuda del Grupo Liquidador de la Sala Laboral de esta Corporación³, se tiene que para el año **2021**, la mesada pensional de la actora asciende a la suma de **\$4.142.365,65**, con el cálculo de los últimos 10 años de cotización, sobre un IBL de \$5.450.453,99, aplicando una tasa de reemplazo del 76%, con lo que se modificará en numeral tercero de la sentencia apelada y consultada.

Finalmente, ha de confirmarse la decisión de ordenar la indexación de las sumas objeto de condena, atendiendo la pérdida adquisitiva del dinero.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se hace necesario efectuar las siguientes precisiones: en primer lugar, debe decirse que la decisión aquí tomada no hace más gravosa la situación de Colpensiones, pues minimiza

³ Las cuales se anexan y hacen parte integral de la presente decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2020 00093 01.

Demandante: **MARÍA ELISA JULIANA MORALES MACIA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

el lapso temporal respecto del cual debe calcularse el retroactivo pensional, en segundo lugar, no se vulnera el principio de la *non reformatio in pejus*, como quiera que el monto calculado en la sentencia de primera instancia corresponde para el año 2018, mientras que el aquí otorgado corresponde al año 2021 y la diferencia se genera por el incremento propio anual de la pensión y, en tercer lugar, si bien el demandante no apeló la decisión tomada por la juez de conocimiento, la providencia proferida por este Tribunal no le es desfavorable, como quiera que ratifica el reconocimiento pensional otorgado en primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. **DISPONER** que **COLFONDOS S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como

los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

- 1.3. **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. -. **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, y para en su lugar disponer que el reconocimiento pensional lo será a partir del 01 de marzo del 2021 y que para tal data la mesada pensional de la actora corresponde a la suma \$4.142.365,65, conforme los argumentos expuestos en esta determinación.

TERCERO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. - Sin costas en esta instancia.

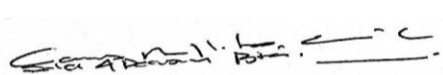
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -			
MAGISTRADO: DR. GUSTAVO TUPAZ			
RADICADO: 11001310503320209301			
DEMANDANTE :			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante toda la vida y los últimos diez años actualizado a 2021 para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
04/02/85	28/02/85	25	39.310,00	1.310,33	\$ 32.758,33		
01/03/85	31/03/85	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/85	30/04/85	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/85	31/05/85	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/85	30/06/85	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/07/85	31/07/85	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/08/85	31/08/85	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/85	30/09/85	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/85	31/10/85	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/11/85	30/11/85	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
Total días		300			\$ 393.100,00	\$ 1.310,33	\$ 39.310,00
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
07/02/86	28/02/86	22	41.040,00	1.368,00	\$ 30.096,00		
01/03/86	31/03/86	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/04/86	30/04/86	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/05/86	31/05/86	31	41.040,00	1.368,00	\$ 42.408,00		
01/06/86	30/06/86	30	41.040,00	1.368,00	\$ 41.040,00		
01/07/86	31/07/86	1	41.040,00	1.368,00	\$ 1.368,00		
02/09/86	30/09/86	29	54.630,00	1.821,00	\$ 52.809,00		
01/10/86	31/10/86	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/11/86	30/11/86	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/86	31/12/86	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
Total días		266			\$ 418.701,00	\$ 1.574,06	\$ 47.221,92
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/02/87	28/02/87	28	54.630,00	1.821,00	\$ 50.988,00		
01/03/87	31/03/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/04/87	30/04/87	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/05/87	31/05/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/06/87	30/06/87	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/07/87	31/07/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/08/87	31/08/87	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/09/87	30/09/87	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/87	31/10/87	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/11/87	30/11/87	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/87	31/12/87	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		365			\$ 728.227,00	\$ 1.995,14	\$ 59.854,27
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/02/88	29/02/88	29	70.260,00	2.342,00	\$ 67.918,00		
01/03/88	31/03/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/04/88	30/04/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/05/88	31/05/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/06/88	30/06/88	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/88	31/07/88	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/08/88	31/08/88	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/09/88	30/09/88	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/10/88	31/10/88	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/11/88	30/11/88	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/12/88	31/12/88	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
Total días		366			\$ 996.047,00	\$ 2.721,44	\$ 81.643,20
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/02/89	28/02/89	28	99.630,00	3.321,00	\$ 92.988,00		
01/03/89	31/03/89	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/04/89	30/04/89	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/05/89	31/05/89	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/06/89	30/06/89	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/07/89	01/07/89	1	99.630,00	3.321,00	\$ 3.321,00		
22/09/89	30/09/89	9	150.270,00	5.009,00	\$ 45.081,00		
01/10/89	31/10/89	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/11/89	30/11/89	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/12/89	31/12/89	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
Total días		283			\$ 1.110.331,00	\$ 3.923,43	\$ 117.702,93
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/02/90	28/02/90	28	150.270,00	5.009,00	\$ 140.252,00		
01/03/90	31/03/90	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/04/90	30/04/90	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/05/90	31/05/90	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/06/90	30/06/90	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/07/90	31/07/90	1	150.270,00	5.009,00	\$ 5.009,00		
24/09/90	30/09/90	7	181.050,00	6.035,00	\$ 42.245,00		
01/10/90	31/10/90	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/11/90	30/11/90	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/12/90	31/12/90	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
Total días		281			\$ 1.509.103,00	\$ 5.370,47	\$ 161.114,20
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/02/91	28/02/91	28	181.050,00	6.035,00	\$ 168.980,00		
01/03/91	31/03/91	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/04/91	30/04/91	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/05/91	31/05/91	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/06/91	30/06/91	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/07/91	31/07/91	11	181.050,00	6.035,00	\$ 66.385,00		
12/09/91	30/09/91	19	275.850,00	9.195,00	\$ 174.705,00		
01/10/91	31/10/91	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/11/91	30/11/91	30	275.850,00	9.195,00	\$ 275.850,00		
01/12/91	31/12/91	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
Total días		303			\$ 2.179.365,00	\$ 7.192,62	\$ 215.778,71
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/02/92	29/02/92	29	275.850,00	9.195,00	\$ 266.655,00		
01/03/92	31/03/92	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/04/92	30/04/92	30	275.850,00	9.195,00	\$ 275.850,00		
01/05/92	31/05/92	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/06/92	30/06/92	30	275.850,00	9.195,00	\$ 275.850,00		
01/07/92	31/07/92	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/08/92	31/08/92	31	275.850,00	9.195,00	\$ 285.045,00		
01/09/92	30/09/92	30	399.150,00	13.305,00	\$ 399.150,00		
01/10/92	31/10/92	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		
01/11/92	30/11/92	30	399.150,00	13.305,00	\$ 399.150,00		
01/12/92	31/12/92	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		
Total días		366			\$ 3.866.790,00	\$ 10.565,00	\$ 316.950,00
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/02/93	28/02/93	28	399.150,00	13.305,00	\$ 372.540,00		
01/03/93	31/03/93	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		
01/04/93	30/04/93	30	399.150,00	13.305,00	\$ 399.150,00		
01/05/93	31/05/93	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		
01/06/93	30/06/93	30	399.150,00	13.305,00	\$ 399.150,00		
01/07/93	31/07/93	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		
01/08/93	31/08/93	31	399.150,00	13.305,00	\$ 412.455,00		
01/09/93	30/09/93	30	488.370,00	16.279,00	\$ 488.370,00		
01/10/93	31/10/93	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
01/11/93	30/11/93	30	488.370,00	16.279,00	\$ 488.370,00		
01/12/93	31/12/93	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
Total días		365			\$ 5.219.153,00	\$ 14.299,05	\$ 428.971,48
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
01/02/94	28/02/94	28	488.370,00	16.279,00	\$ 455.812,00		
01/03/94	31/03/94	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
01/04/94	30/04/94	30	488.370,00	16.279,00	\$ 488.370,00		
01/05/94	31/05/94	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
01/06/94	30/06/94	30	488.370,00	16.279,00	\$ 488.370,00		
01/07/94	31/07/94	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
01/08/94	31/08/94	31	488.370,00	16.279,00	\$ 504.649,00		
01/09/94	30/09/94	30	630.883,00	21.029,43	\$ 630.883,00		
01/10/94	31/10/94	31	630.883,00	21.029,43	\$ 651.912,43		
01/11/94	30/11/94	30	630.883,00	21.029,43	\$ 630.883,00		
01/12/94	31/12/94	31	630.883,00	21.029,43	\$ 651.912,43		
Total días		365	-		\$ 6.521.387,87	\$ 17.866,82	\$ 536.004,48
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/02/95	28/02/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/03/95	31/03/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/08/95	31/08/95	30	631.000,00	21.033,33	\$ 631.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	1.640.000,00	54.666,67	\$ 1.640.000,00		
Total días		360			\$ 9.148.000,00	\$ 25.411,11	\$ 762.333,33
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/02/96	28/02/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/08/96	31/08/96	30	820.000,00	27.333,33	\$ 820.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	2.281.000,00	76.033,33	\$ 2.281.000,00		
Total días		360			\$ 12.261.000,00	\$ 34.058,33	\$ 1.021.750,00
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/02/97	28/02/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/03/97	31/03/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	2.281.000,00	76.033,33	\$ 2.281.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/07/97	31/07/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/09/97	30/09/97	30	1.140.000,00	38.000,00	\$ 1.140.000,00		
01/10/97	31/10/97	30	1.614.000,00	53.800,00	\$ 1.614.000,00		
01/11/97	30/11/97	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/12/97	31/12/97	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
Total días		360			\$ 15.769.000,00	\$ 43.802,78	\$ 1.314.083,33
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/02/98	28/02/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	1.377.000,00	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	1.606.000,00	53.533,33	\$ 1.606.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
Total días		360			\$ 18.129.000,00	\$ 50.358,33	\$ 1.510.750,00
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/05/99	31/05/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	1.721.000,00	57.366,67	\$ 1.721.000,00		
01/09/99	30/09/99	15	2.286.000,00	76.200,00	\$ 1.143.000,00		
01/10/99	31/10/99	30	2.003.000,00	66.766,67	\$ 2.003.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	2.003.000,00	66.766,67	\$ 2.003.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	2.003.000,00	66.766,67	\$ 2.003.000,00		
Total días		345			\$ 20.920.000,00	\$ 60.637,68	\$ 1.819.130,43
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	2.003.000,00	66.766,67	\$ 2.003.000,0		
01/02/00	28/02/00	30	2.003.000,00	66.766,67	\$ 2.003.000,0		
01/06/00	30/06/00	30	2.003.440,00	66.781,33	\$ 2.003.440,0		
01/07/00	31/07/00	30	2.003.440,00	66.781,33	\$ 2.003.440,0		
01/11/00	30/11/00	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
01/12/00	31/12/00	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
Total días		180			\$ 12.391.998,0	\$ 68.844,43	\$ 2.065.333,00
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
01/02/01	28/02/01	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
01/03/01	31/03/01	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
01/04/01	30/04/01	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
01/05/01	31/05/01	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
01/06/01	30/06/01	30	2.189.559,00	72.985,30	\$ 2.189.559,0		
Total días		180			\$ 13.137.354,0	\$ 72.985,30	\$ 2.189.559,00
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		
01/02/02	28/02/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		
01/03/02	31/03/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		
01/04/02	30/04/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		
01/05/02	31/05/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		
01/06/02	30/06/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		
01/07/02	31/07/02	30	2.299.000,00	76.633,33	\$ 2.299.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/08/02	31/08/02	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/09/02	30/09/02	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/10/02	31/10/02	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/11/02	30/11/02	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/12/02	31/12/02	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
Total días		360			\$ 28.278.000,0	\$ 78.550,00	\$ 2.356.500,00
Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/02/03	28/02/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/03/03	31/03/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/04/03	30/04/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/05/03	31/05/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/06/03	30/06/03	30	2.436.000,00	81.200,00	\$ 2.436.000,0		
01/07/03	31/07/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/08/03	31/08/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/09/03	30/09/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/10/03	31/10/03	30	2.437.000,00	81.233,33	\$ 2.437.000,0		
01/11/03	30/11/03	30	3.071.000,00	102.366,67	\$ 3.071.000,0		
01/12/03	31/12/03	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
Total días		360			\$ 30.035.000,0	\$ 83.430,56	\$ 2.502.916,67
Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/04	31/01/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/02/04	28/02/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/03/04	31/03/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/04/04	30/04/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/05/04	31/05/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/06/04	30/06/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/07/04	31/07/04	30	2.595.000,00	86.500,00	\$ 2.595.000,0		
01/08/04	31/08/04	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/09/04	30/09/04	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/10/04	31/10/04	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/11/04	30/11/04	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/12/04	31/12/04	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
Total días		360			\$ 32.050.000,0	\$ 89.027,78	\$ 2.670.833,33
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	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/02/05	28/02/05	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/03/05	31/03/05	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/04/05	30/04/05	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/05/05	31/05/05	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/06/05	30/06/05	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/07/05	31/07/05	30	2.777.000,00	92.566,67	\$ 2.777.000,0		
01/08/05	31/08/05	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/09/05	30/09/05	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/10/05	31/10/05	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/11/05	30/11/05	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/12/05	31/12/05	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
Total días		360			\$ 34.229.000,0	\$ 95.080,56	\$ 2.852.416,67
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	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/02/06	28/02/06	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/03/06	31/03/06	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/04/06	30/04/06	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/05/06	31/05/06	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/06/06	30/06/06	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/07/06	31/07/06	30	2.958.000,00	98.600,00	\$ 2.958.000,0		
01/08/06	31/08/06	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/09/06	30/09/06	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/10/06	31/10/06	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/11/06	30/11/06	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/12/06	31/12/06	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Total días		360			\$ 36.381.000,0	\$ 101.058,33	\$ 3.031.750,00
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	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/02/07	28/02/07	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/03/07	31/03/07	30	3.135.000,00	104.500,00	\$ 3.135.000,0		
01/04/07	30/04/07	30	4.466.458,00	148.881,93	\$ 4.466.458,0		
01/05/07	31/05/07	30	4.466.458,00	148.881,93	\$ 4.466.458,0		
01/06/07	30/06/07	30	4.466.458,00	148.881,93	\$ 4.466.458,0		
01/07/07	31/07/07	30	4.466.458,00	148.881,93	\$ 4.466.458,0		
01/08/07	31/08/07	30	4.638.458,00	154.615,27	\$ 4.638.458,0		
01/09/07	30/09/07	30	4.638.458,00	154.615,27	\$ 4.638.458,0		
01/10/07	31/10/07	30	4.638.458,00	154.615,27	\$ 4.638.458,0		
01/11/07	30/11/07	30	4.638.458,00	154.615,27	\$ 4.638.458,0		
01/12/07	31/12/07	30	4.638.458,00	154.615,27	\$ 4.638.458,0		
Total días		360			\$ 50.463.122,0	\$ 140.175,34	\$ 4.205.260,17
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	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/02/08	28/02/08	30	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/03/08	31/03/08	30	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/04/08	30/04/08	30	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/05/08	31/05/08	30	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/06/08	30/06/08	30	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/07/08	31/07/08	30	3.307.000,00	110.233,33	\$ 3.307.000,0		
01/08/08	31/08/08	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/09/08	30/09/08	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/10/08	31/10/08	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/11/08	30/11/08	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/12/08	31/12/08	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
Total días		360			\$ 40.679.000,0	\$ 112.997,22	\$ 3.389.916,67
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	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/02/09	28/02/09	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/03/09	31/03/09	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/04/09	30/04/09	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/05/09	31/05/09	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/06/09	30/06/09	30	10.838.050,00	361.268,33	\$ 10.838.050,0		
01/07/09	31/07/09	30	3.506.000,00	116.866,67	\$ 3.506.000,0		
01/08/09	31/08/09	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/09/09	30/09/09	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/10/09	31/10/09	30	12.422.500,00	414.083,33	\$ 12.422.500,0		
01/11/09	30/11/09	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
Total días		360			\$ 59.300.550,0	\$ 164.723,75	\$ 4.941.712,50
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	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	3.751.000,00	125.033,33	\$ 3.751.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
Total días		360			\$ 47.307.000,0	\$ 131.408,33	\$ 3.942.250,00
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	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/02/11	28/02/11	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	4.210.000,00	140.333,33	\$ 4.210.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
Total días		360			\$ 51.360.000,0	\$ 142.666,67	\$ 4.280.000,00
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	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/02/12	28/02/12	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	4.378.000,00	145.933,33	\$ 4.378.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
Total días		360			\$ 49.876.000,0	\$ 138.544,44	\$ 4.156.333,33
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	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	3.846.000,00	128.200,00	\$ 3.846.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
Total días		360			\$ 46.827.000,0	\$ 130.075,00	\$ 3.902.250,00
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	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	3.981.000,00	132.700,00	\$ 3.981.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
Total días		360			\$ 48.367.000,0	\$ 134.352,78	\$ 4.030.583,33
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	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/07/15	31/07/15	30	4.100.000,00	136.666,67	\$ 4.100.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
Total días		360			\$ 50.310.000,0	\$ 139.750,00	\$ 4.192.500,00
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	4.322.000,00	144.066,67	\$ 4.322.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
Total días		360			\$ 53.239.000,0	\$ 147.886,11	\$ 4.436.583,33
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	4.597.000,00	153.233,33	\$ 4.597.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	4.596.518,00	153.217,27	\$ 4.596.518,0		
01/04/17	30/04/17	30	4.596.518,00	153.217,27	\$ 4.596.518,0		
01/05/17	31/05/17	30	4.596.518,00	153.217,27	\$ 4.596.518,0		
01/06/17	30/06/17	30	4.596.518,00	153.217,27	\$ 4.596.518,0		
01/07/17	31/07/17	30	4.596.518,00	153.217,27	\$ 4.596.518,0		
01/08/17	31/08/17	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/09/17	30/09/17	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/10/17	31/10/17	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/11/17	30/11/17	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/12/17	31/12/17	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
Total días		360			\$ 56.480.680,0	\$ 156.890,78	\$ 4.706.723,33
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/02/18	28/02/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/03/18	31/03/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/04/18	30/04/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/05/18	31/05/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/06/18	30/06/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/07/18	31/07/18	30	4.860.818,00	162.027,27	\$ 4.860.818,0		
01/08/18	31/08/18	30	5.063.469,00	168.782,30	\$ 5.063.469,0		
01/09/18	30/09/18	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/10/18	31/10/18	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/11/18	30/11/18	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/12/18	31/12/18	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
Total días		360			\$ 59.329.643,0	\$ 164.804,56	\$ 4.944.136,92
Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/02/19	28/02/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/03/19	31/03/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/04/19	30/04/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/05/19	31/05/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/06/19	30/06/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/07/19	31/07/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/08/19	31/08/19	30	5.060.112,00	168.670,40	\$ 5.060.112,0		
01/09/19	30/09/19	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/10/19	31/10/19	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/11/19	30/11/19	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/12/19	31/12/19	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
Total días		360			\$ 61.369.040,0	\$ 170.469,56	\$ 5.114.086,67
Año 2020							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/20	31/01/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/02/20	28/02/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/03/20	31/03/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/04/20	30/04/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/05/20	31/05/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/06/20	30/06/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/07/20	31/07/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/08/20	31/08/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/09/20	30/09/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/10/20	31/10/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/11/20	30/11/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
01/12/20	31/12/20	30	5.222.036,00	174.067,87	\$ 5.222.036,0		
Total días		360			\$ 62.664.432,0	\$ 174.067,87	\$ 5.222.036,00
Año 2021							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/21	31/01/21	30	5.420.473,00	180.682,43	\$ 5.420.473,0		
01/02/21	28/02/21	30	5.420.473,00	180.682,43	\$ 5.420.473,0		
Total días		60			\$ 10.840.946,0	\$ 180.682,43	\$ 5.420.473,00

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	300	1,950	105,48	54,092	\$ 39.310,00	\$ 2.126.368,62	\$ 21.263.686,15
1986	266	2,380	105,48	44,319	\$ 47.221,92	\$ 2.092.843,63	\$ 18.556.546,84
1987	365	2,880	105,48	36,625	\$ 59.854,27	\$ 2.192.162,78	\$ 26.671.313,88
1988	366	3,580	105,48	29,464	\$ 81.643,20	\$ 2.405.509,61	\$ 29.347.217,20
1989	283	4,580	105,48	23,031	\$ 117.702,93	\$ 2.710.765,36	\$ 25.571.553,25
1990	281	5,780	105,48	18,249	\$ 161.114,20	\$ 2.940.194,76	\$ 27.539.824,30
1991	303	7,650	105,48	13,788	\$ 215.778,71	\$ 2.975.207,66	\$ 30.049.597,41
1992	366	9,700	105,48	10,874	\$ 316.950,00	\$ 3.446.586,19	\$ 42.048.351,46
1993	365	12,140	105,48	8,689	\$ 428.971,48	\$ 3.727.175,59	\$ 45.347.303,00
1994	365	14,890	105,48	7,084	\$ 536.004,48	\$ 3.797.028,39	\$ 46.197.178,79
1995	360	18,250	105,48	5,780	\$ 762.333,33	\$ 4.406.077,81	\$ 52.872.933,70
1996	360	21,800	105,48	4,839	\$ 1.021.750,00	\$ 4.943.770,18	\$ 59.325.242,20
1997	360	26,520	105,48	3,977	\$ 1.314.083,33	\$ 5.226.602,94	\$ 62.719.235,29
1998	360	31,210	105,48	3,380	\$ 1.510.750,00	\$ 5.105.860,62	\$ 61.270.327,46
1999	345	36,420	105,48	2,896	\$ 1.819.130,43	\$ 5.268.585,34	\$ 60.588.731,47
2000	180	39,790	105,48	2,651	\$ 2.065.333,00	\$ 5.475.027,01	\$ 32.850.162,08
2001	180	43,270	105,48	2,438	\$ 2.189.559,00	\$ 5.337.524,46	\$ 32.025.146,75
2002	360	46,580	105,48	2,264	\$ 2.356.500,00	\$ 5.336.273,51	\$ 64.035.282,10
2003	360	49,830	105,48	2,117	\$ 2.502.916,67	\$ 5.298.166,77	\$ 63.578.001,20
2004	360	53,070	105,48	1,988	\$ 2.670.833,33	\$ 5.308.451,10	\$ 63.701.413,23
2005	360	55,990	105,48	1,884	\$ 2.852.416,67	\$ 5.373.690,12	\$ 64.484.281,48
2006	360	58,700	105,48	1,797	\$ 3.031.750,00	\$ 5.447.853,32	\$ 65.374.239,86
2007	360	61,330	105,48	1,720	\$ 4.205.260,17	\$ 7.232.526,37	\$ 86.790.316,46
2008	360	64,820	105,48	1,627	\$ 3.389.916,67	\$ 5.516.328,45	\$ 66.195.941,38
2009	360	69,800	105,48	1,511	\$ 4.941.712,50	\$ 7.467.791,33	\$ 89.613.495,90
2010	360	71,200	105,48	1,481	\$ 3.942.250,00	\$ 5.840.288,34	\$ 70.083.460,11
2011	360	73,450	105,48	1,436	\$ 4.280.000,00	\$ 6.146.417,97	\$ 73.757.015,66
2012	360	76,190	105,48	1,384	\$ 4.156.333,33	\$ 5.754.167,74	\$ 69.050.012,86
2013	360	78,050	105,48	1,351	\$ 3.902.250,00	\$ 5.273.662,14	\$ 63.283.945,68
2014	360	79,560	105,48	1,326	\$ 4.030.583,33	\$ 5.343.714,56	\$ 64.124.574,66
2015	360	82,470	105,48	1,279	\$ 4.192.500,00	\$ 5.362.251,73	\$ 64.347.020,73
2016	360	88,050	105,48	1,198	\$ 4.436.583,33	\$ 5.314.830,32	\$ 63.777.963,88
2017	360	93,110	105,48	1,133	\$ 4.706.723,33	\$ 5.332.028,54	\$ 63.984.342,46
2018	360	96,920	105,48	1,088	\$ 4.944.136,92	\$ 5.380.804,40	\$ 64.569.652,74
2019	360	100,000	105,48	1,055	\$ 5.114.086,67	\$ 5.394.338,62	\$ 64.732.063,39
2020	360	103,800	105,48	1,016	\$ 5.222.036,00	\$ 5.306.554,50	\$ 63.678.654,02
2021	60	105,480	105,48	1,000	\$ 5.420.473,00	\$ 5.420.473,00	\$ 10.840.946,00
Total días	12305	Total devengado actualizado a:				2021	\$ 1.974.246.975
Total semanas	1757,86	Ingreso Base Liquidación					\$ 4.813.279,91
Total Años	28,89	Porcentaje aplicado					76,35%
		Primera mesada					\$ 3.674.989,75
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2021					\$ 908.526,00



Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2011	300	73,450	105,48	1,436	\$ 4.294.000,00	\$ 6.166.523,08	\$ 61.665.230,77
2012	360	76,190	105,48	1,384	\$ 4.156.333,33	\$ 5.754.167,74	\$ 69.050.012,86
2013	360	78,050	105,48	1,351	\$ 3.902.250,00	\$ 5.273.662,14	\$ 63.283.945,68
2014	360	79,560	105,48	1,326	\$ 4.030.583,33	\$ 5.343.714,56	\$ 64.124.574,66
2015	360	82,470	105,48	1,279	\$ 4.192.500,00	\$ 5.362.251,73	\$ 64.347.020,73
2016	360	88,050	105,48	1,198	\$ 4.436.583,33	\$ 5.314.830,32	\$ 63.777.963,88
2017	360	93,110	105,48	1,133	\$ 4.706.723,33	\$ 5.332.028,54	\$ 63.984.342,46
2018	360	96,920	105,48	1,088	\$ 4.944.136,92	\$ 5.380.804,40	\$ 64.569.652,74
2019	360	100,000	105,48	1,055	\$ 5.114.086,67	\$ 5.394.338,62	\$ 64.732.063,39
2020	360	103,800	105,48	1,016	\$ 5.222.036,00	\$ 5.306.554,50	\$ 63.678.654,02
2021	60	105,480	105,48	1,000	\$ 5.420.473,00	\$ 5.420.473,00	\$ 10.840.946,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2021	\$ 654.054.407
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 5.450.453,39
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					76,00%
		Primera mesada					\$ 4.142.365,65
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2021					\$ 908.526,00

Calculo Tasa de Reemplazo 2020			
IBL / SMMLV	\$ 5.450.453,4	\$ 908.526,0	5,9992
No. SMMLV*0,5	5,99 * 0,5		2,999613326
65,50%	-	2,9996	62,5004
Semanas adicionales a 1300-1750		450	
450 / 50 * 1,5			13,5
62,5004%	+	13,50%	T. R. 76,00%

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

martes, 1 de agosto de 2023

Recibe:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00313 01.

Demandante: **ARACELY PÁEZ FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 31 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **ARACELY PÁEZ FORERO** adelanta contra **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y la recurrente**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de Colfondos S.A. en el mes de septiembre de 1998.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y demás sumas causadas; y a esta última a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00313 01.

Demandante: **ARACELY PÁEZ FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 06, carpetas 7 y 8), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante ARACELY PÁEZ FORERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de las dos AFP Porvenir y Colfondos, tásense las agencias en derecho en un (01) SMLMV, a cada una de ellas.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, manifestó que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, como quiera que cuenta con más de 50 años.

Precisó que Colpensiones nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP demandadas, por cuanto no existió injerencia alguna de esta entidad para que la demandante tomara la decisión de trasladarse del RPM al RAIS, además, la demandante no acudió a Colpensiones para asesorarse respecto de la decisión que había tomado, razón por la cual no es esta administradora la que debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte del fondo privado al momento de realizar el traslado, señalando que para el año de 1998 la demandante no se encontraba dentro de ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, máxime si se tiene en cuenta que era su derecho la escogencia del régimen pensional conforme la Ley 100 de 1993, siendo Colpensiones es un tercero de buena fe y por ende no le es imputable las decisiones que haya tomado la demandante para trasladarse de régimen.

Indicó que han sido aproximadamente 23 años en los cuales Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante ni ha cobrado gastos de administración, situación que va en detrimento patrimonial de esta administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso de que la demandante regrese a Colpensiones, máxime cuando la condena impuesta conlleva, a futuro, el reconocimiento de prestaciones pensionales.

Finalmente, solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia, se condicione su cumplimiento a la devolución por parte de Porvenir S.A. de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el mes de agosto de 1998 presenta aportes en tal régimen, tal y como lo acepta Colpensiones al dar contestación al hecho 3 de la demanda (fl. 4 archivo 06), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 10 de septiembre de 1998 (fl. 5 archivo 19), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la otrora HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 12 de agosto del 2008 (fl. 43, 44 y 50 archivo 05).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 5 del archivo 19, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de septiembre de 1998 con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Páez Forero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de septiembre de 1998) el fondo

privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por la apelante referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos;

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., con quien realizó el traslado inicial de régimen, el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la

² Ibídem.

financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **ADICIONARSE** el mentado numeral para disponer que **COLFONDOS S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de las AFP encartadas, a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **ARACELY PÁEZ FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Que **COLFONDOS S.A.,** deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados,**
- 1.3. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00313 01.

Demandante: **ARACELY PÁEZ FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

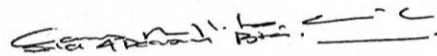
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00410 01.

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que AMANDA CHIRIVI RICO adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y las recurrentes**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de su afiliación a Porvenir S.A., efectuada el 15 de febrero de 1999, así como las posteriormente realizadas a Colfondos S.A. y Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00410 01.

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

con todos los frutos, intereses y rendimientos causados; y a esta última a recibir a la actora como su afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

De otro lado, **PORVENIR S.A.** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la acción y presentó como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** (archivo 11), presentó oposición a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO: DECLARAR LA ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora **AMANDA CHIRIVI RICO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A** que tuvo como fecha de suscripción el día 15 de febrero de 1999. En consecuencia, se **DECLARA** válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, a transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, a transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, todos los valores que hubiere cobrado por concepto de gastos de administración que se hubieren causado con ocasión del periodo en que estuvo afiliada la demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas **PORVENIR S.A., COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.**, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV. Sin costas a cargo de **COLPENSIONES**.

SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, en síntesis, manifestó que, no se desconoce la existencia del deber de información desde la expedición de la Ley 100 de 1993, así como tampoco que este se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009, por lo que no es dable requerir las mismas formalidades al momento del traslado que las requeridas en la actualidad.

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Precisó que, las características, condiciones y modalidades de los regímenes pensionales se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, por lo que no es dable alegar la ignorancia de la Ley para atribuir exclusivamente a las AFP la responsabilidad de haber omitido información, cuando este señalamiento lo hace la ley, máxime cuando la demandante suscribió de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación al RAIS.

Indicó que, no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe de la accionante al momento en que se afilia al RAIS, además que, para ese momento, era imposible conocer los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizaría en los próximos años y así, al momento de la afiliación, calcular una futura mesada pensional.

Adujo que, debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del RPM.

Finalmente, solicitó confirmar la absolución en costas y la devolución de aportes con rendimientos y gastos de administración.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, indicó que, se demostró que la demandante suscribió un formulario de afiliación en el que aceptó las condiciones de dicha afiliación, la cual realizó de manera libre y voluntaria, así como las demás afiliaciones efectuadas entre administradoras del RAIS.

Expuso que, para el año de 1999 no existía obligación de custodiar la información que se le brindaba a los afiliados y tampoco existía el deber de doble asesoría que se tiene en la actualidad, pues estas obligaciones surgieron posteriormente, por lo que no es viable exigirle a Porvenir S.A. haber cumplido con esta obligación, la cual fue establecida de manera legal solamente hasta el año 2010.

Señaló que, en este asunto la actora realizó tres traslados horizontales entre AFP del RAIS, lo que debe considerarse como actos de relacionamiento a la luz de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00410 01.

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

3752 de 2020, los cuales evidencian la voluntad de la demandante de permanencia en el RAIS.

Finalmente, solicitó se revoque la condena a devolver los gastos de administración, ya que estos fueron efectuados en cumplimiento de un deber legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además, la cuenta de ahorro individual de la actora produjo rendimientos financieros, que son la muestra de una debida administración y debido uso de los gastos de administración, por lo que tal condena es “desproporcionada” teniendo en cuenta que se efectuó en cumplimiento de una norma y de buena fe.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de junio de 1987 presenta aportes en tal régimen a través de la Caja de Previsión Social Distrital de Bogotá D.C. (fl. 150 archivo 01) y posteriormente, desde el 01 de julio de 1995 a través del ISS (fl. 153 archivo 01 y fl. 46 archivo 09); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 15 de febrero de 1999 (fl. 173 archivo 01 y fl. 2 archivo 07); y posteriormente, realizó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, así: 1) a Colfondos S.A., el 11 de agosto del 2000 (fl. 182 archivo 01 y fl. 21 archivo 11), 2) a Porvenir S.A. el 30 de septiembre de 2001 (fl. 174 archivo 01 y fl. 3 archivo 07) y 3) a Protección S.A. el 21 de febrero del 2003 (fl. 192 archivo 01 y fl. 25 archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 173 del archivo 01 y 2 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación

que la demandante suscribió el 15 de febrero de 1999 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Chiriví Rico se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de febrero de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que las características y condiciones de los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tal y como lo solicita Colpensiones. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en

que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

También, habrá de **MODIFICARSE el numeral tercero** de la sentencia para **ADICIONAR** y disponer que **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.,** deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR:

- 1.1. El **numeral segundo de la sentencia** a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, **también deberá devolver los rubros pagados por bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. El **numeral tercero de la sentencia,** a fin de ADICIONAR que **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.,** deberán devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión**

Demandante: **AMANDA CHIRIVI RICO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

mínima; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

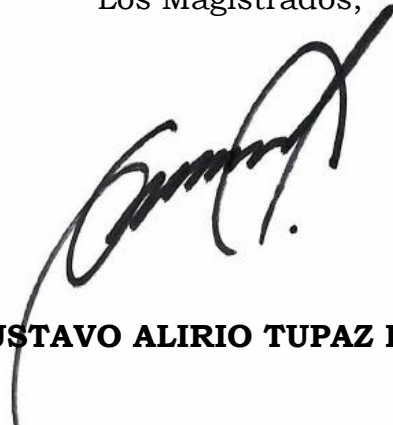
- 1.3. Así mismo, para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

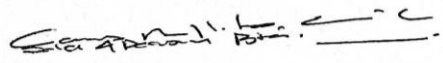
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00071 -01.

Demandante: **FERNEY PACHECO SECHAGUA.**

Demandado: **CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **FERNEY PACHECO SECHAGUA** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **FERNEY PACHECO SECHAGUA** adelanta contra **CEMEX PREMEZCLADOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare que gozaba de fuero de paternidad al momento en que suscribió acuerdo de transacción; y que dicho acuerdo es nulo. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a pensión, y beneficios del pacto colectivo dejados de percibir debidamente indexados.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** El 05 de agosto de 2013 ingresó a laborar al servicio de la demandada para desempeñar el cargo de Agente de Servicios; **2)** Devengaba \$1'236.000;
- 3)** El 03 de mayo de 2016 suscribió acta de transacción, momento en el que

sostenía económicamente su hogar y a su hijo; **4)** El 11 de julio de 2016 nació su hijo, Joshua Pacheco Ibarra; y **5)** Presentó reclamación el 03 de mayo de 2019.

2. Respuesta a la Demanda.

CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (archivo 07).

Aceptó la relación laboral que sostuvo con el actor, extremos temporales y cargo; y la celebración de un acta de transacción.

Adujo que el contrato de trabajo celebrado entre las partes terminó de mutuo acuerdo, decisión que fue tomada por el actor de manera libre y espontánea; que no se allegó comunicación alguna donde se evidenciara del estado de gravidez de la esposa del actor; y que no se demuestra que el actor ostentara la calidad de padre cabeza de familia, pues el demandante no era el único responsable de su hogar, lo que le impediría igualmente tener fuero por paternidad.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia en cuanto a la relación laboral, por demás que esta se acreditó con la prueba documental; que cuando concurre la voluntad del trabajador para dar por finiquitado una relación laboral, la terminación no se torna ilegal; que no se señalan fundamentos con los que se pretende se declare la nulidad del contrato, en todo caso, no se encuentra que la transacción celebrada entre las partes adolezca de vicio del consentimiento; y que no es posible tener al accionante como padre cabeza de familia por cuanto no se acreditó la dependencia exclusiva de sus hijos, así como tampoco que gozara de fuero de paternidad, puesto que no está demostrada la calidad de beneficiaria en

salud del actor ni que hubiera comunicado el estado de gravidez de su esposa al empleador.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que según sentencia T-217 de 2014 se debía tener en cuenta las condiciones de estabilidad laboral reforzada que le asistía al trabajador, pues el acuerdo debe salvaguardar las garantías constitucionales de los trabajadores, de modo que se debió tener en cuenta el contexto en que se suscribió, puesto que los acuerdos de transacción se hicieron a más de 50 trabajadores sin presencia del Ministerio de Trabajo, así como la calidad de padre de un recién nacido, acreditándose que para el momento de la transacción su esposa se encontraba en estado de embarazo y era él quien sostenía su hogar; que por lo anterior, el acuerdo se celebró en condiciones de desfavorabilidad; y que en algún momento el actor mencionó que su esposa había ido a la empresa y que en ese momento estaba en condición de embarazo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es posible considerar que el demandante gozaba de fuero de paternidad al momento de suscribir el acta de terminación con la empresa de mutuo acuerdo, y en consecuencia que dicho acuerdo era nulo o ineficaz por tal situación?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Fuero de Paternidad.

El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución, norma que señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo.

Así mismo, es menester destacar que la mujer embarazada o lactante goza de protección frente a la discriminación en el ámbito laboral a raíz del embarazo, específicamente que se efectúe la terminación o la no renovación de su contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

Ahora bien, dicho fuero se ha hecho extensivo al padre según lo dispuesto en la sentencia C-005 de 2017 cuando *“el cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel”*; lo que sería reiterado en la sentencia SU-095 de 2018, en donde también se establece como requisito para la protección de la madre en condición de embarazo la comunicación a su empleador de tal situación; decisión que también sería acogido en CSJ Rad. 109709 del 16 de abril de

2020 donde se garantizó la protección por fuero de paternidad con fundamento en la aludida sentencia, C-005 de 2017

En este aspecto, no puede perderse de vista la relevancia de la familia en el orden constitucional, la que es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante, y en ese orden de ideas, de su cónyuge, compañero permanente o pareja cuando se encuentra en período de embarazo o lactancia, pues ciertamente al ser su beneficiaria en salud no sólo queda ella en desprotección sino también el menor que está por nacer.

En cuanto al conocimiento empresarial del estado de embarazo, si bien las sentencias a las que se hará referencia son referidas al fuero de maternidad, son aplicables en cuanto a que dicho conocimiento del empleador no se concibe como el elemento determinante para establecer el grado de protección sino como una exigencia legal, pues para la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador por cualquier medio, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la mujer en gravidez esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado; y que si el conocimiento del empleador deriva de la información que suministra el trabajador, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección (CSJ Rad. 10993 del 28 de septiembre de 1998, CSJ Rad. 40283 del 30 de agosto de 2011, CSJ Rad. 41075 del 19 de octubre de 2011, CSJ Rad. 46731 del 28 de mayo de 2015, y CSJ SL1352-2020)

Pues bien, en el caso es posible determinar que entre el demandante y CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A. existía una relación laboral; que el actor contrajo nupcias con la señora Viviana Ibarra Monroy el 28 de noviembre de 2003 (fl.67 del archivo 01); que la esposa del demandante estaba en embarazo al momento de finalizar el nexo contractual con la demandada, puesto que su hijo Joshua Alejandro Pacheco Ibarra según registro civil de nacimiento de folio 66 del archivo 01

nació el 11 de julio de 2016, y la relación finiquitó de mutuo acuerdo el 03 de mayo del mismo año (fls. 49 y 50 del archivo 01); sin embargo, brilla por su ausencia prueba alguna en la que se determine que la cónyuge del demandante fuera su beneficiaria o que se hubiere informado oportunamente al empleador de la condición de embarazo de la señora Ibarra Monroy, presupuestos que impedirían el reintegro, pues en tales condiciones no se encontraría acreditada afectación de esta durante su embarazo o lactancia, así como tampoco del menor que está por nacer.

Al punto, se aclara que el interrogatorio del demandante es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de informar a su empleador el embarazo, así como la condición de beneficiaria de su cónyuge, pues si bien en este se manifiesta que dicho estado era notorio y que su esposa fue a la empresa y observada por personal de recursos humanos, recuérdese que la finalidad de dicha declaración es lograr la confesión de la parte, por lo que en tal sentido resulta insuficiente para demostrar tal presupuesto. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

En tales condiciones, no es dable tener por ineficaz la terminación del contrato de trabajo del actor, máxime si se tiene en cuenta que este finiquito mediante un acta o acuerdo de transacción celebrado de mutuo acuerdo (fls. 49 y 50 del archivo 01); consentimiento frente al que no se alega ni se demuestra que hubiere existido algún vicio tal y como lo dispuso el A Quo; recuérdese que la naturaleza consensual del contrato de trabajo, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, de manera que este tiene la posibilidad de aceptarlo o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento. (CSJ. Rad. 39522 del 16 de octubre de 2012), y que cuando se alega un vicio del consentimiento, ellos deben estar suficientemente acreditados en juicio, sin olvidar en todo caso, que el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad (CSJ SL787-2021,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00071 -01.

Demandante: **FERNEY PACHECO SECHAGUA.**

Demandado: **CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A.**

CSJ SL16539-2014, CSJ CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015), aspectos que como se dijo no se demostraron.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00071 -01.
Demandante: **FERNEY PACHECO SECHAGUA.**
Demandado: **CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A.**

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Gustavo Alirio Tupaz Parra
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de agosto de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que adelanta **LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA** contra **PROTECCIÓN S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicitó que se declare la ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., y posteriormente a PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, que PROTECCIÓN S.A. traslade la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado y la entrega de información errónea para el momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES.** (fls. 139 a 259 del archivo A3, 260 a 356 del archivo A4 y fls. 357 a 411 del archivo A5) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. PORVENIR S.A., adicionalmente, propuso compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de Luis Castañeda Salamanca del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 25 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del primero de enero de 1997, a través de la AFP PORVENIR S.A., por ende, se tendrá cómo si dicho traslado nunca hubiera ocurrido.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones y gastos de administración, dineros estos que deberán ser trasladados de forma indexada y con cargo a sus propios recursos, discriminados con los respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos y debe ser reportado el aporte pagado.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES, aquellos valores que se hubieren generado, con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante en el periodo comprendido entre el 25 de noviembre de 1998 hasta el 1 de junio de 2010, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, así como lo atiente al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Todos estos dineros deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos a COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a recibir tanto de PROTECCIÓN S.A, como de PORVENIR S.A., sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores, para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante y proceda enseguida a efectuar los trámites

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral del demandante LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA, con la respectiva imputación de pagos.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, especialmente las subsidiarias.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SÉPTIMO: Costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV a cargo de cada una.

OCTAVO: De no ser apelada esta decisión se remitirá al superior de forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. adujo que el traslado pensional del actor se predica eficaz y válido, toda vez que no se acreditó un vicio del consentimiento conforme lo señalado en el Código Civil; que el demandante era una persona capaz de obligarse al momento de suscribir el formulario de afiliación y que cumplió con lo que en su momento imponía la Ley para realizar el traslado de régimen; que la devolución del rubro pagado por gastos de administración, seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima hacia COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin causa a su favor, en la medida en que no existe una norma que disponga tal devolución; y que se aplique la figura de compensación de los rendimientos generados al demandante.

Por su parte, **COLPENSIONES** alegó que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria; que los traslados horizontales configuran su vocación de permanencia en el R.A.I.S; que no se debe aplicar la inversión de la carga de la prueba a favor del demandante; y que la declaratoria de nulidad del traslado y retorno a COLPENSIONES afectaría gravemente el equilibrio financiero y el presupuesto de la entidad, desconociendo así el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, los cuales fueron presentados por la demandante y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de los recursos y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a A.F.P. PORVENIR S.A. al R.A.I.S. así como el traslado posterior efectuado dentro del R.A.I.S?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 21 de enero de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 3 a 5 del archivo A1; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. PORVENIR S.A. el 25 de noviembre de 1998 (fl.26 del archivo A1).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Del caso en concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 26 del archivo A1, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 25 de noviembre de 1998 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Castañeda Salamanca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de noviembre de 1998) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente adujo que le indicó por parte de los asesores de la A.F.P. PORVENIR S.A. que las sumas con las que se pensionaría eran similares, que podría pensionarse anticipadamente y que habría una rentabilidad que no podría ser retirada de su cuenta de ahorro individual; y que era una mejor opción frente a lo que ofrece el I.S.S. por el riesgo inminente de quiebra por malas decisiones de los gobiernos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PROTECCIÓN S.A. el 01 de junio de 2010 (fl.32 del archivo A1), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1998 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo del fondo en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver la A.F.P. PROTECCIÓN a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto del **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

Al punto, se esclarece que considera acertada la condena impuesta en cuanto a que dicho fondo debe asumir tales valores con cargo a sus propios recursos, discriminados con los respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de manera que tal condena se confirmará.

Por las mismas razones expuestas, PORVENIR S.A. debe asumir los valores por concepto de gastos de administración, seguros previsionales debidamente indexados, y el capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima, tal y como lo dispuso la A Quo, por lo que tal condena se confirmará.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, se considera que frente a la solicitud de la recurrente de que se aplique la compensación por los rendimientos generados en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, no se demostró en el plenario el valor de la suma que debía ser compensada en favor de la parte demandada. Aunado a ello, CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, sostiene que se deben retrotraer los efectos del traslado al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, de manera que, es imperativo devolver los emolumentos antes referidos, de modo que no es prospera la solicitud de compensación alegada por la recurrente.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00438-01.

Demandante: LUIS CASTAÑEDA SALAMANCA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

R E S U E L V E:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver la A.F.P. PROTECCIÓN a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto del **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

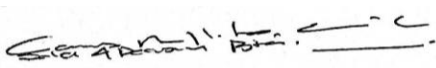
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA**, contra la providencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá el 24 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que el beneficiario de la consulta adelanta contra **SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA** y que cursó inicialmente en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicitó de la demandada que se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 10 de agosto de 2016 al 6 de diciembre de 2017 el cual fue terminado sin la autorización del Ministerio del Trabajo, en consecuencia, pidió el reintegro al cargo que venía desempeñando con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997 y las costas procesales (fl. 3 a 17 archivo *2018-581pdf*).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: laboró desde el 10 de agosto de 2016 al 6 de diciembre de 2017 fecha en la que fue despedido sin justa causa estando en condición de discapacidad permanente por múltiples enfermedades y sin autorización del Ministerio del Trabajo; agregó que laboró como técnico instalador con un último salario de \$900.000, que el Juzgado 31 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá tuteló los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del acto, la cual fue conformada por el Juzgado 55 Penal con Función de Conocimiento de esta ciudad, ordenándole iniciar las acciones laborales dentro de los cuatro meses siguientes.

2.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada, a través de curador *ad litem*, aceptó todos los hechos de la demanda, con excepción de la fecha de ingreso, la modalidad contractual y la desmejora continua de su salud, frente a las excepciones no propuso alguna, pues “*no tengo conocimiento directo de los hechos y las circunstancias que rodean los fundamentos de este proceso*” (fl 79 a 80 archivo 2018-581pdf).

2.3. Providencia Recurrida.

El A Quo emitió sentencia en los siguientes términos:

Primero: Absolver a la demandada Seguridad y Control de Sistemas Digitales Ltda de todas y cada una de las pretensiones incoadas por Andrés Guillermo Guerrero Almeida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Sin lugar a la imposición de costas en esta instancia.

Tercero: si la sentencia no fuere apelada, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demanda desde el 10 de agosto de 2016 al 6 de diciembre de 2017, así como el cargo y el salario devengado por este tal como consta en la carta de terminación del contrato de trabajo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

Agregó que obran órdenes médicas para la realización de algunas terapias a favor del actor de noviembre de 2017, por problemas con el manguito rotador en el hombro izquierdo que adquirió antes de iniciar su vínculo laboral, pero para considerar que el trabajador goza de fuero de salud debe alcanzar un P.C.L. equivalente al 15% o más, y esta condición debe ser conocida por su empleador, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que no obra ningún tipo de dictamen para establecer el P.C.L. aludido, así como tampoco una prueba de la que se pueda colegir dicha pérdida; y que lo que se sanciona es que el acto este perseguido de un acto discriminatorio, sin embargo, el actor no lo acreditó, por lo que la terminación del contrato no fue motivado por el temas relacionados con su salud.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 2 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 23 de mayo de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio del grado jurisdiccional a favor del demandante.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona*

con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que “el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”.*

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”*.

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que 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: 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 estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; 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; y c) Que estos elementos sean conocidos por el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“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”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (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.

Así mismo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2013 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

3.2. Caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, encuentra la Sala que entre el actor y Seguridad y Control de Sistemas Digitales Ltda, se celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de agosto de 2016 al 6 de diciembre de 2017 para que desempeñar, al parecer, en el cargo de Técnico Instalador, el cual se terminó sin justa causa, de acuerdo con la carta de terminación de contrato visible a fls. 34 del archivo *2015-581pdf*.

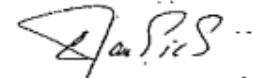
En cuanto a la condición de salud del demandante se tiene constancia que el 20 de noviembre de 2017, la empresa IDIME realiza el estudio de *“plano coronal oblicuo en secuencias de T2 y supresión de grasa; axiales en T1 y densidad de protones con supresión grasa y sagitales oblicuo en T2 observando articulación normal”*¹, para concluir:

CONCLUSIÓN:

Tendinopatía distal del subescapular con una ruptura parcial distal intrasustancia de 9 mm de longitud.

Bursitis subacromio-subdeltoidea y subcoracoidea.

Leve tenosinovitis de la porción larga del biceps.



CESAR DANILO GIL SÁNCHEZ

M.D. RADIOLOGO

R.M. 79303843

CC 79303843

LUGYAD

Copia solicitada por ZULGIL

Consecuencia de lo anterior, el 1 de noviembre de 2017, Colsubsidio emiten órdenes para realizar 10 sesiones de terapia física del hombro izquierdo tal como se constata a folio 39 del archivo *2015-581pdf*.

¹ Folio 37 del archivo 2015-581pdf.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.
Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.
Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

Asimismo, el 16 de enero de 2018 acudió a la Clínica Infantil en donde refiere como enfermedad actual:

Enfermedad actual:
PACIENTE MASCULINO DE 46 AÑOS DE EDAD CONOCIDO POR EL SERVICIO. REFIERE CUADRO CLINICO DE 8 MESES DE EVOLUCION DE DOLOR EN HOMBRO IZQUIERDO. REFIERE QUE DOLOR INICIO POSTERIOR A LEVANTAMIENTO DE CARGA PESADA EN SU ACTIVIDAD LABORAL. ACTUALMENTE NO LABORA. FUE VALORADO POR NUESTRO SERVICIO. REFIERE ANTECEDENTE DE REPARACION MANGUITO ROTADOR HOMBRO DERECHO HACE 4 AÑOS. ASISTE A CONTROL. APORTA RESULTADOS DE RESONANACIA SIMPLE DE HOMBRO IZQUIERDO QUE MUESTRA TENDINOPATIA DISTAL DEL SUBSCAPULAR CON UNA RUPTURA PARCIAL INTRASUSTANCIA DE 9MM DE LONGITUD, BURSITIS, LEVE TENOSINOVITIS DEL BICEPS. MANEJO CON TERAPIA FISICA (10 SESIONES), NO MEJORIA. PERSISTE DOLOR NOCTURNO.

Y se diagnostica como enfermedad²:

Diagnósticos						
Código Diagnóstico	Descripción Diagnóstico	Clase Diagnóstico	Diagnóstico Principal	Confirmación	Tipo de Diagnóstico	Responsable
S460	TRAUMATISMO DE TENDON DEL MANGUITO ROTAT	Diag. Principal	SI	Confirmado Repetido	Diag. Tratam. Diag. Admisión	MORENO, DIANA
M755	BURSITIS DEL HOMBRO	Diag. Relacionado	NO	Confirmado Nuevo	Diag. Tratam. Diag. Admisión	MORENO, DIANA

Impreso por: ADRIANA RUIZ
Fecha y Hora de Impresión: 18/01/2018 09:02:46
Página: 2/4

De esta manera, para la Sala es claro que el accionante presentaba una deficiencia física originada en una condición especial en su hombro izquierdo al presentar “*bursitis y tendinitis inserción del toideo bicipital en hombro derecho*”³ por lo que, ciertamente tal patología podía impedir al trabajador su integración profesional o el desarrollo de sus roles ocupacionales.

Así, una vez demostrada la patología que padece el actor se debe verificar si el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico *-factor contextual-* y la contrastación e interacción entre estos dos factores *-interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-* se demostraron por el actor. Y es en este punto en donde la Sala no encuentra prueba que lo acredite, esto es, del cargo ni las funciones que, de acuerdo con lo enseñado por la Corte, son indispensables para que se active la presunción de despido discriminatorio.

² Folios 35 a 36 del archivo 2015-581pdf.
³ Folios 39 del archivo 2015-581pdf.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

En efecto, no solo se debe probar la existencia de una barrera para el trabajador de tipo físico, como se hizo en el presente caso, sino además que, al interactuar con el entorno laboral, se demuestre al juzgador que estas le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, para que el empleador, no solo proceda a mitigarlas y permitir que el trabajador se pueda desempeñar adecuadamente, sino también que pruebe que el despido no se produjo por razones de salud, sino por otra causa.

En este caso, la actividad probatoria del actor no fue eficaz, siendo preciso indicar que si bien este punto podía demostrarlo la demandada por estar en mejor posición para hacerlo⁴, se hizo presente en este juicio a través de curador *ad litem*, generando una deficiencia probatoria en perjuicio de sus intereses, por lo que esta Sala deberá concluir que el actor no se encuentra inmerso en la protección legal del art. 26 de la Ley 361 de 1991 y, en consecuencia, se confirmará el fallo de primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá el 24 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que Andrés Guillermo Guerreiro Almeida adelanta contra Seguridad y Control de Sistemas Digitales LTDA que cursó inicialmente

⁴ Art. 167 del CGP, aplicable por reenvío del art. 145 del CPTSS

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2018-00581-01.

Demandante: ANDRÉS GUILLERMO GUERRERO ALMEIDA.

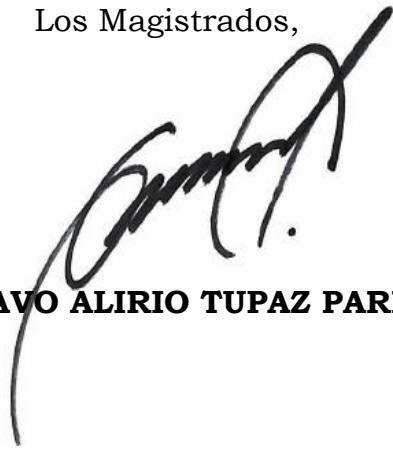
Demandado: SEGURIDAD Y CONTROL DE SISTEMAS DIGITALES LTDA.

en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

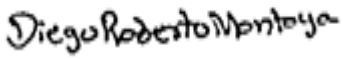
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

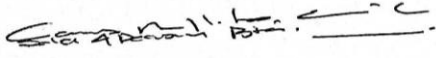
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.
Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.
Demandado: BAVARIA S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ, JULIO CÉSAR SALAZAR RUGELES, RICARDO LEÓN ORTIZ y JOSÉ DE JESÚS NAVAS GONZÁLEZ**, contra la providencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de octubre de 2022, en el proceso ordinario laboral que los beneficiarios de la consulta adelantan contra **BAVARIA S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, los accionantes pretenden de la demandada que declare la ineficacia parcial de los acuerdos de transacción suscrito entre las partes, respecto a las fechas de inicio de vinculación laboral, y en su lugar se declaren los extremos laborales de cada demandante, junto con la reliquidación de los bonos transaccionales a cada uno de ellos.

Como fundamento de sus pretensiones, indicaron las fechas de ingreso a la empresa demandada, inicialmente mediante la vinculación de precooperativa de trabajo y luego con contrato de trabajo con a través de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

Cervecería Leona SA; agregaron que el 30 de agosto de 2007, la mencionada empresa fue absorbida por fusión por Bavaria SA, por lo que suscribieron transacciones lo que a su vez dio origen al pago de bonos de dinero a favor de cada uno de ellos y discriminados en la demanda. (01Escritodemandapdf).

2.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada aceptó como ciertos el extremo inicial de los contratos, las transacciones suscritas y el valor pagado a cada uno de los demandantes por bonos en dinero. En cuanto a las pretensiones aseguró que no están llamadas a prosperar, por cuanto las transacciones firmadas se ajustaron a los postulados legales, no existen vicios al consentimiento, que cada bono fue pagado de acuerdo con los tiempos laborados por cada uno de ellos laborados incluidos en la transacción, la cual hizo tránsito a cosa juzgada y cualquier reclamación estaría prescrita. Propuso como excepciones de improcedencia de reliquidación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la genérica (22EscritocontesaciónBavariapdf).

2.3. Providencia consultada.

Se trata de la sentencia que el a quo dictó en los siguientes términos:

PRIMERO: ABSOLVER a BAVARIA Y CIA SCA de toda y cada una de las pretensiones invocadas en la acción por los señores **DEMANDANTES**, Rolando Castellanos Suarez, Julio Cesar Salazar, Ricardo León Ortiz Y José De Jesús Navas y en estos términos declarar demostradas las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada conforme se expuso en la parte motiva

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte **ACTORA** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2022, **(1)** un salario a cargo de cada uno de los demandantes y a favor de **BAVARIA** conforme se expuso en la parte motiva

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, dado el resultado desfavorable para la parte **ACTORA** se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta

Para llegar a esta conclusión, hizo alusión al art. 15 del CST, arts. 1502 y 1508 del CC y a varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

e indicó que no existe prueba alguna que permita concluir que las transacciones aportadas se encuentran afectadas por algún vicio del consentimiento, lo cual se corroboró de las confesiones hechas en los interrogatorios de parte, así como de los testigos en general, cuando afirmaron que llegaron a un acuerdo para terminar el vínculo contractual con el empleador a cambio de una suma de dinero que se hizo de forma voluntaria.

Agregó que las transacciones no comprometen derechos ciertos e indiscutibles, mínimos e irrenunciables de los actores, pues en este caso se transó la terminación del contrato, la cual es permitido por el Código Sustantivo de Trabajo, y si bien en las transacciones no se incluyó los extremos laborados con la precooperativa, lo cierto es que ese punto fue acordado por las partes.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 2 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 20 de abril de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado solo por los demandantes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio del grado jurisdiccional a favor de los demandantes.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

¿Son inválidos los acuerdos de transacción suscritos entre los demandantes y la empresa Bavaria SA por medio del cual se dio por terminado el contrato de trabajo de cada uno de ellos?

Tesis

Se confirmará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la transacción

El artículo 2469 del C.C. define la transacción como: *“un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”*. En materia laboral no existe expresamente esta figura Código Sustantivo del Trabajo, simplemente el artículo 15 hace referencia a ella, como mecanismo válido para solucionar las controversias que se susciten entre el empleador y sus trabajadores: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*.

Es así como el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación específica como la tiene en el derecho privado. No obstante, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en material laboral, por supuesto que no. Como se dijo, el artículo 15 del C.S.T., establece que resulta válido hacer uso de esta figura jurídica, salvo que la misma atente contra derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

En efecto, dada la naturaleza la naturaleza consensual del contrato de trabajo, al igual que su surgimiento, permiten que su terminación se haga de la misma manera, sea de forma simple o a través del ofrecimiento de un pago de dinero que puede ser consentido o rechazado por el trabajador, pero si la acepta, no puede, con posterioridad, desconocer el ese consentimiento dado voluntariamente. Así, lo dijo la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de octubre de 2012, Rad. 39522: *“En ese contexto, esta Sala tiene establecido que la naturaleza*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

consensual del contrato, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago, que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, en la que verificarán y sopesarán las condiciones de la propuesta empresarial, sin que ello implique un vicio del consentimiento; así, no puede una promesa de tipo económico representar coacción, si el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento, con las consecuencias que de allí se derivan, en orden a dar cumplimiento al artículo 1602 del C.C que da el carácter de ley para las partes, a los acuerdos celebrados”.

Así mismo, la Corte ha permitido que las empresas puedan ofrecer planes de retiro voluntario a sus trabajadores para dar por terminado el contrato de trabajo, a cambio de algún incentivo económico, así se refirió en sentencia CSJ SL17429-2017, indicó: *“no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptar o rehusar el ofrecimiento.(...) “Ni la ley ni las decisiones judiciales impiden que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, ni es cierto que el ofrecimiento patronal de sumas de dinero a título de bonificación aceptadas voluntariamente por un trabajador constituye per se un acto de coacción. Por el contrario, tales propuestas patronales son una actuación legítima, en la medida en que el trabajador beneficiario de la bonificación o estímulo económico goza de libertad para aceptarla o rechazarla, de manera que esa sola circunstancia no es una presión indebida, ni error fuerza o dolo, sino un medio muchas veces idóneo y conveniente para ambas partes de resciliación contractual civilizada y justa de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa, evitándose con ello frecuentemente una conflictividad crónica innecesaria entre las partes, que deteriora la armonía e impide la convivencia pacífica que debe presidir la ejecución de los contratos de trabajo”.* (Subrayado fuera del original).

De otra parte, para que un trabajador se obligue a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento no adolezca de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

vicios, esto es, error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio, como lo ha dicho la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia CS SL787-2021: *“Sin perder de vista la naturaleza fáctica de la acusación, cabe recordar que el artículo 1502 del Código Civil preceptúa que para que una persona se obligue, es necesario que concurran, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 ibídem). Este postulado, adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, toda vez que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad”.*

3.2. Del caso en concreto

No fue motivo de discusión en esta instancia las siguientes premisas fácticas: **i)** que, Rolando Castellanos Suarez, Julio César Salazar Rúgeles y José de Jesús Navas González suscribieron sendos contratos de trabajo con la Cervecería Leona SA, el 15 de julio de 1996, 15 de diciembre de 1994 y 5 de diciembre de 2000, respectivamente; los cuales fueron terminados en las siguientes fechas, siguiendo el mismo orden, 31 agosto de 2002, 16 de agosto de 2002 y 30 de noviembre de 2005; **ii)** que los actores ingresaron a una precooperativa de trabajo en las siguientes fechas: Rolando Castellanos Suárez del 1º de septiembre de 2002 al 31 de mayo de 2006, Julio César Salazar Rúgeles del 17 de agosto de 2002 al 30 de noviembre de 2004, Ricardo León Ortiz desde el 15 de agosto de 2002 al 31 de mayo de 2006 y José de Jesús Navas González desde 1º de diciembre 2005 al 7 de octubre de 2007; **iii)** posteriormente, fueron contratados por BAVARIA SA mediante contrato de trabajo los cuales fueron terminados por mutuo acuerdo en las siguientes fechas: Rolando Castellanos Suárez del 1º de junio de 2006 al 2 de abril de 2018; Julio César Salazar Rúgeles del 1º de diciembre de 2004 al 6 de diciembre de 2018; Ricardo León Ortiz del 1º de junio de 2006 al 5

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

de abril de 2018 y José de Jesús Navas González el 8 de octubre de 2007 al 31 de julio de 2018; **iv)** dichos contratos se terminaron por mutuo consentimiento entre las partes en las siguientes fechas, de acuerdo con el mismo orden: el día dos (02) de abril de dos mil; **v)** Así mismo, suscribieron contratos de transacción con la demandada en las siguientes fechas y con el pago de una bonificación, así: Rolando Castellanos Suárez el 24 de abril de 2018 por \$ \$186.378.402; Julio César Salazar Rúgeles el 3 de enero de 2019 por \$ \$291.373.656.00; Ricardo León Ortiz el 6 de abril de 2018 por de \$ 262.570.207 y José de Jesús Navas González el 31 de julio de 2018 por un monto de \$224.346.746.

Conforme los postulados antes señalados, procede la Sala a analizar el material probatorio recaudado con el fin de identificar si se logra acreditar los hechos de la demanda, no sin antes aclarar que los demandantes también depusieron como testigos a favor de cada uno de sus compañeros entre sí.

Del interrogatorio de parte de Rolando Castellanos, se logra extraer lo siguiente: que celebró un contrato el día 15 julio de 1996 para el puesto de Analista de Laboratorio con la empresa Cervecería Leona SA, pero terminó por transacción en el mes de agosto del año 2000, luego se vinculó con Bavaria mediante contrato de trabajo desde 1°. de julio de 2006, pero que para el cálculo de las bonificaciones se hizo desde 1°. de julio de 2008; agregó que se le hizo atractivo el valor ofrecido por la empresa y que la suma se pagó unos 10 o 15 después de la transacción.

Por su parte, Julio Cesar Salazar Rugeles, afirmó que suscribió contrato de trabajo con la Cervecería Leona el 15 de diciembre de 1994, para el cargo de ingeniero mecánico y se terminó mediante transacción el 16 de agosto de 2002. Posteriormente, celebró contrato de trabajo con Bavaria el 1°. de diciembre de 2004 como ingeniero mecánico cuya terminación se dio por mutuo acuerdo el día 6 de diciembre de 2018, con la firma de la transacción a cambio de una bonificación en dinero, sin tener en cuenta los tiempos laborados con la precooperativa.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

El actor Ricardo León Ortiz, aseveró que celebró contrato de trabajo con la demandada el 1° de junio de 2006 en el cargo de Ingeniero Electrónico, que terminó el contrato por mutuo consentimiento con el empleador mediante transacción y a cambio de una bonificación, y que frente al tiempo que Bavaria no le tuvo en cuenta, señaló que debía iniciar un proceso para su reconocimiento.

En ese mismo sentido, José De Jesús Navas González, arguyó que ingresó a laborar con contrato de trabajo a término indefinido el 8 de octubre de 2017 en el cargo de especialista de planeación de inventarios y coincide con los demás que terminó su contrato por transacción a cambio de una bonificación con la libertad de ser aceptada.

De otro lado, del interrogatorio de Fernando Vergara Villanueva, representante legal de la demandada, coincidió con los demandantes respecto de las fechas de ingreso y salida de la empresa Bavaria, el pago de una bonificación a favor de cada uno de ellos al momento de dar por terminado sus respectivos contratos de trabajo a través de la firma de un contrato de transacción; agregó que la suscripción del mencionado documento se hizo libre y voluntariamente por las partes y que los valores acordados se pagaron oportunamente a cada uno de ellos.

Actuando a la vez como testigos dentro del proceso, los demandantes señalaron además de lo ya dicho, que en la empresa hubo seis precooperativas, una por cada línea de producción y que al final todos fueron enganchados mediante contrato de trabajo con la demandada, añadieron que a pesar de que firmaron el acuerdo transaccional pensaron que a futuro podían reclamar mediante un proceso laboral el pago de aquel periodo que laboraron con las precooperativas, pues en su sentir, lo habían trabajado con la demandada.

De lo anterior es claro para la Sala, en primera medida, que ninguno de actores demostró la existencia de vicio alguno que hubiere afectado su consentimiento, no solo a la terminación del contrato de trabajo, sino a la fecha de suscripción del contrato de transacción, contrario a ello, emerge con claridad que los demandantes suscribieron dicho acuerdo de manera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

libre y voluntaria, tal como cada uno de ellos lo confesó en su respectivo interrogatorio de parte cuando afirmaron que a la firma del documento no recibieron ningún tipo de presión o amenaza por parte de la empresa, motivados solo por la suma de dinero que les ofrecieron y con derecho a retractarse si así lo consideraban, lo que conlleva a concluir que el negocio jurídico goza de plena validez a la luz del art. 1502¹ y sin vicio alguno de que trata el art. 1508² del Código Civil.

Más aún cuando las bonificaciones aceptadas voluntariamente por los trabajadores no constituyen un acto de coacción, pues como lo ha dicho la jurisprudencia antes citada, dichas propuestas que hizo Bavaria SA son legítimas, en la medida en que los trabajadores beneficiarios de tales bonificaciones o estímulos económicos gozan de libertad para aceptarla o rechazarla, como en efecto así lo confesaron, por lo que esa actuación no puede entenderse como una presión indebida, ni error fuerza o dolo, sino como un idóneo y conveniente para las partes tendiente a la finalización del contrato de trabajo.

En segundo lugar, no se evidencia que el acta de transacción vulnere derechos inciertos e indiscutibles de los demandantes, todo lo contrario, al ser una figura legal y legítima para dar por terminado el contrato de trabajo, mal podría concluirse lo contrario, aunado a que en el *sub judice* los trabajadores inicialmente terminaron el contrato de trabajo a través del mutuo consentimiento, amprado legalmente por el literal b) del art. 61³ del CST y posteriormente, suscribieron la mencionada transacción, sin que en ninguno de esos momentos presentaran discrepancia o desacuerdo alguno.

Por último, si bien los actores hicieron referencia en sus interrogatorios a la inconformidad por cuanto no se incluyó el tiempo laborado con la precooperativa de trabajo, lo cierto es que esta Sala no podría entrar a analizar, esencialmente porque: i) no se solicitó por los actores la declaratoria ineficacia de los contratos con la precooperativas,

¹ Requisitos para Obligarse: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz, 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito, 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

² vicios del consentimiento. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

³ Terminación del contrato: 1. El contrato de trabajo termina: (...) b). Por mutuo consentimiento.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.

Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.

Demandado: BAVARIA S.A.

siendo las pretensiones, los hechos y los planteamientos que expongan las partes al interior del proceso son el marco de referencia para que el juez de instancia adopte su decisión, ii) tampoco se evidencia prueba alguna en el proceso de tal inconformidad, es decir, que entre la precooperativa y Bavaria SA existiera una inadecuada utilización de la figura del contrato con cooperativas de trabajo, iii) no fue objeto de pronunciamiento por el *a quo* esta situación y, iv) por ende, tampoco fue objeto de disconformidad por los actores en esta instancia.

Por lo anterior, se impone confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

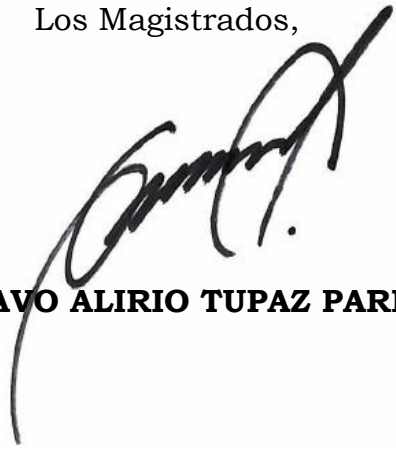
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de octubre de 2022 de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

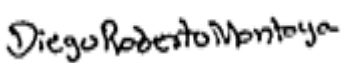
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2021 00417 01.
Demandante: ROLANDO CASTELLANOS SUÁREZ y OTROS.
Demandado: BAVARIA S.A.

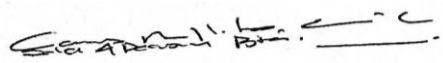
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por **CRISTALERÍA PELDAR S.A.**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2022, en proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al que fue integrado como litisconsorte necesario **FANUR TORRES FULANO**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la empresa accionante pretende se ordene a Colpensiones, abstenerse de solicitarle el pago de cotizaciones adicionales por actividad de alto riesgo de Fanur Torres Fulano.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, que suscribió contrato de trabajo con Fanur Torres entre el 6 de marzo al 7 de enero de 2014 en el cargo de labores varias y operador de máquinas quebradoras en el área de formación general; agregó que fue expuesto a altas temperaturas desde el 1 de octubre de 2001 al 7 de enero de 2014, los cuales fueron cubiertos como periodos de actividad de alto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

riesgo, y que si bien hubo un proceso que el trabajador adelantó para obtener la pensión de alto riesgo en contra de Colpensiones, no fue llamada a controvertir la litis (*Archivo 01expedientedigitalizadopdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda, señaló que la pensión que reconoció al Fanur Torres se hizo bajo los postulados del Decreto 2090 de 2003, pues se demostró que trabajó en actividades de alto riesgo lo que le permitió acceder a la pensión; por ende, está legitimada para realizar los cobros de los aportes a que haya lugar de acuerdo con el art. 57 de la Ley 100 de 1993. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho, falta de formas de cada juicio, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y la genérica (*Archivo 01expedientedigitalizadopdf*).

Por su parte, Fanur Torres Fulano, también se opuso a las pretensiones de la demanda, indicó que la demandante no realizó los aportes adicionales por actividad de alto riesgo, pues de las 631 semanas de cotización especial, sólo aportó 445.28m, quedando pendiente 185.72 semanas y que, siempre expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas como el asbesto y la arena de Sílice, por lo que es deber de la demandante cubrir esos montos. Propuso como excepciones la legalidad de la Resolución GNR 1037778 del 13 de abril de 2016, buena fe y la genérica (*Archivo 01expedientedigitalizadopdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR S.A.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones incoadas por parte de la activa **CRISTALERÍA PELDAR S.A.** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

SEGUNDO: ABSOLVER al señor **FANUR TORRES FULANO** de todas y cada una de las pretensiones presentadas por parte de la demandante **CRISTALERÍA PELDAR S.A.**

TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación, Buena fe, y Presunción de legalidad de actos administrativos formuladas por la demandada **COLPENSIONES**, y la excepción de buena fe propuesta por el señor **FANUR TORRES FULANO.**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, Se fijan como agencias en derecho la suma 1 S.M.L.M.V. pagadero a cada demandado, por secretaria efectúese la respectiva liquidación de costas en su oportunidad procesal pertinente.

Para llegar a esta conclusión, indicó que no fue motivo de discusión los extremos de la relación laboral, así como el cargo desempeñado por el actor durante el tiempo laborado, así como el pago hecho por la demandante por los periodos de noviembre de 2001 a febrero de 2005 a favor de su trabajador, ni la exposición de actividades de alto riesgo del actor durante el tiempo laborado, ni la legalidad del acto administrativo que le otorgó la pensión; por lo que la litis se centró en establecer si la demandante está al día en el pago de cotizaciones por alto riesgo.

Al respecto, señaló que el actor laboró en actividad de alto riesgo desde el 1 de octubre de 2001 al 1 de julio de 2014 y, de acuerdo con la historial laboral del asegurado, no hubo pago por cotización de alto riesgo desde 1 de octubre de 2001 al 28 de febrero de 2005, sin embargo, al verificar los recibos y planillas aportadas por la demandante se constató que pagó parcialmente tales periodos, existiendo el faltante del porcentaje por alto riesgo, por lo tanto absolvió a las demandadas y declaró probadas las excepciones propuestas.

2.4. Argumentos de la recurrente.

La empresa demandante manifestó que pagó todos los aportes al sistema de seguridad social por el tiempo laborado por el actor cuando estuvo expuesto a actividades de alto riesgo, por lo que Colpensiones no puede requerirla por aportes adicionales a favor de Fanur Torres.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 2 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 20 de abril de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es válido declarar que la demandante pagó en totalidad los periodos laborados por Fanur Torres en actividades de alto riesgo al sistema de seguridad social en pensión?

Tesis

Se revocará parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De las actividades de alto riesgo

El Decreto 2090 de 2003 define como actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

A su turno, el art. 2 del mencionado Decreto, establece aquellas actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, entre otras, las siguientes: «1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas». En estos casos, el monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

Ahora, la Corte Suprema Justicia ha decantado que, en efecto, para ser beneficiario de tales cotizaciones y, por ende, de la pensión especial de vejez por alto riesgo, es necesario que se demuestre que el trabajador efectivamente estuvo expuesto en el ejercicio de sus funciones a actividades de alto riesgo, como en efecto lo planteó la demandante y no fue motivo de discusión por las llamadas a juicio, tanto así, que Fanur Torres fue pensionado anticipadamente por ese riesgo.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada entre otras en CSJ SL11576-2015, CSJ SL683-2020 y CSJ 2070-2020, precisó: «De conformidad con lo anterior, resulta claro que el Tribunal no exigió alguna prueba solemne para dar cuenta de los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión especial de vejez, sino que infirió que lo requerido en las disposiciones que resultaban aplicables era la verdadera exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas y no el hecho genérico de laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo. Esa reflexión, sin duda, no lleva inmersa la reivindicación de alguna prueba solemne, que hubiera desencadenado en un error de derecho, como lo denuncia la censura, sino que se concentra en la interpretación de las normas que regulan la pensión especial de vejez por el ejercicio de actividades de alto riesgo».

3.2. Caso concreto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Por lo anterior, al verificar las pruebas obrantes al proceso, se debe dejar en claro que no fue objeto de discusión que: i) Fanur Torres fue contratado por la demandante mediante contrato de trabajo desde el 6 de marzo de 1979 al 7 de marzo de 2014, ii) Se desempeñó en el cargo de labores varias desde el inicio del contrato hasta el 30 de septiembre de 2001 en el área de bodega de vidrio plano, iii) desde el 1° de octubre de 2001 al 7 de enero de 2014 se desempeñó como Operador de Máquina quebradora en el área de formación general, iv) periodo este último, donde realizó actividades de alto riesgo al estar sometido a altas temperaturas, y v) que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez por alto riesgo mediante Resolución GNR 103778 del 13 de abril de 2016.

Así, procede la Sala dar respuesta al problema jurídico plateando que como se dijo, se limita a la materia propia del recurso de apelación, esto es, establecer si la demandante pagó los aportes al sistema de seguridad social a favor de Fanur Torres, por el periodo en que laboró en actividades de alto riesgo, siendo preciso señalar que como se dijo en el párrafo anterior, el demandante laboró bajo esa condición desde el 1° de octubre de 2001 al 7 de enero de 2014, de los cuales el *a quo* halló parcialmente pagos el periodo comprendido entre del 1° de noviembre de 2001 al 28 de febrero de 2005, siendo este punto motivo de inconformidad de la empresa recurrente.

Al respecto, se debe dejar en claro que el art. 5° del Decreto 1281 de 1994, dispuso que el monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más seis (6) puntos adicionales a cargo del empleador; posteriormente, con la expedición del Decreto 2090 de 2003, incrementó la cotización a diez (10) puntos adicionales desde el 26 de julio de 2003 en adelante, por lo que una vez revisado el listado de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social aportados por la demandante a folios 147 a 224 del *archivo 01expedientefisicodigitalizadopdf*, y al constatarlo con la historia laboral de Fanur Torres (folios 365 a 379 del *archivo 01expedientefisicodigitalizadopdf*) arrojan el siguiente resultado:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.
Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Tabla Aportes a Pensión							
Mes	Año	No. Mes	Aporte %	IBC	Total Aporte	Aporte Cancelado	Diferencia
noviembre	2001	1	19,50%	\$ 1.411.438	\$ 275.230	\$ 275.200	\$ 30
diciembre		1	19,50%	\$ 3.025.228	\$ 589.919	\$ 589.900	\$ 19
enero	2002	1	19,50%	\$ 2.118.026	\$ 413.015	\$ 409.500	\$ 3.515
febrero		1	19,50%	\$ 1.404.136	\$ 273.807	\$ 271.100	\$ 2.707
marzo		1	19,50%	\$ 1.263.191	\$ 246.322	\$ 242.200	\$ 4.122
abril		1	19,50%	\$ 1.712.618	\$ 333.961	\$ 338.900	-\$ 4.939
mayo		1	19,50%	\$ 4.365.616	\$ 851.295	\$ 870.200	-\$ 18.905
junio		1	19,50%	\$ 2.685.624	\$ 523.697	\$ 518.200	\$ 5.497
julio		1	19,50%	\$ 1.594.278	\$ 310.884	\$ 317.500	-\$ 6.616
agosto		1	19,50%	\$ 1.645.249	\$ 320.824	\$ 315.500	\$ 5.324
septiembre		1	19,50%	\$ 1.319.037	\$ 257.212	\$ 257.200	\$ 12
octubre		1	19,50%	\$ 1.513.611	\$ 295.154	\$ 292.700	\$ 2.454
noviembre		1	19,50%	\$ 1.602.292	\$ 312.447	\$ 321.100	-\$ 8.653
diciembre		1	19,50%	\$ 3.473.040	\$ 677.243	\$ 689.000	-\$ 11.757
enero	2003	1	19,50%	\$ 1.947.942	\$ 379.849	\$ 380.600	-\$ 751
febrero		1	19,50%	\$ 1.522.847	\$ 296.955	\$ 296.900	\$ 55
marzo		1	19,50%	\$ 1.469.548	\$ 286.562	\$ 286.600	-\$ 38
abril		1	19,50%	\$ 4.461.328	\$ 869.959	\$ 870.000	-\$ 41
mayo		1	19,50%	\$ 1.346.862	\$ 262.638	\$ 261.800	\$ 838
junio		1	19,50%	\$ 2.689.162	\$ 524.387	\$ 523.100	\$ 1.287
julio		1	19,50%	\$ 1.499.528	\$ 292.408	\$ 270.000	\$ 22.408
agosto		1	23,50%	\$ 1.490.961	\$ 350.376	\$ 349.500	\$ 876
septiembre		1	23,50%	\$ 1.409.106	\$ 331.140	\$ 330.700	\$ 440
octubre		1	23,50%	\$ 1.402.921	\$ 329.686	\$ 329.700	-\$ 14
noviembre		1	23,50%	\$ 1.616.121	\$ 379.788	\$ 379.900	-\$ 112
diciembre		1	23,50%	\$ 3.318.344	\$ 779.811	\$ 779.800	\$ 11
enero	2004	1	24,50%	\$ 2.221.012	\$ 544.148	\$ 543.600	\$ 548
febrero		1	24,50%	\$ 1.453.896	\$ 356.205	\$ 356.300	-\$ 95
marzo		1	24,50%	\$ 1.399.531	\$ 342.885	\$ 361.300	-\$ 18.415
abril		1	24,50%	\$ 4.706.469	\$ 1.153.085	\$ 1.151.300	\$ 1.785
mayo		1	24,50%	\$ 1.346.924	\$ 329.996	\$ 329.800	\$ 196
junio		1	24,50%	\$ 3.054.217	\$ 748.283	\$ 746.700	\$ 1.583
julio		1	24,50%	\$ 1.616.993	\$ 396.163	\$ 395.300	\$ 863
agosto		1	24,50%	\$ 1.608.190	\$ 394.007	\$ 393.500	\$ 507
septiembre		1	24,50%	\$ 1.453.897	\$ 356.205	\$ 355.700	\$ 505
octubre		1	24,50%	\$ 1.590.068	\$ 389.567	\$ 389.300	\$ 267
noviembre		1	24,50%	\$ 1.616.856	\$ 396.130	\$ 395.400	\$ 730
diciembre		1	24,50%	\$ 4.174.039	\$ 1.022.640	\$ 1.020.200	\$ 2.440
enero	2005	1	25,00%	\$ 1.923.257	\$ 480.814	\$ 480.300	\$ 514
febrero		1	25,00%	\$ 1.521.006	\$ 380.252	\$ 380.000	\$ 252
	Total Aporte a Pensión				\$ 18.054.947	\$ 18.065.500	-\$ 10.553

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

De lo anterior, se logra concluir que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, que la demandante pagó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, administrado por Colpensiones, de acuerdo con los ingresos base de liquidación percibidos por el Fanur Torres mes a mes, desde noviembre de 2001 a febrero de 2005, aplicando la cotización adicional de seis y diez puntos como lo ordenan los decretos citados en precedencia por actividad de alto riesgo y si bien existen algunas diferencias que eventualmente pudieron generarse por pagos en mora, lo cierto es que al totalizarlos se corrobora que la demandante pagó en su totalidad los valores a su cargo.

Por ello, esta sala revocará parcialmente la decisión de primera instancia y declarará que la empresa demandante cumplió con su obligación de pagar los aportes adicionales por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2001 al 28 de febrero de 2005 en los que Fanur Torres desarrolló actividades de alto riesgo, por lo que se ordenará a la demandada Colpensiones abstenerse de iniciar algún trámite o cobro coactivo en su contra tendiente a obtener el pago de los aportes mencionados, y como quiera que sus pretensiones resultaron avante, se revocará las costas impuestas en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** los numerales primero y tercero de la sentencia que profirió el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2022, y en su lugar, **DECLARAR** que la empresa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2017 00526 01.

Demandante: CRISTALERÍA PELDAR SA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

demandante CRISTALERÍA PELDAR S.A., cumplió con su obligación de pagar los aportes adicionales por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2001 al 28 de febrero de 2005 en los que Fanur Torres desarrolló actividades de alto riesgo. En consecuencia, se ORDENA a la demandada COLPENSIONES abstenerse de iniciar algún trámite o cobro coactivo en su contra por el recaudo de los aportes mencionados, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

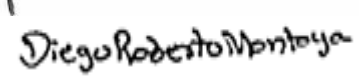
CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

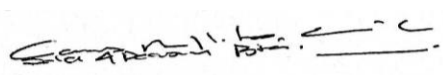
Los Magistrados



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2018 00592 01.

Demandante: ISIDRO LOZANO MESA.

Demandado: UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **ISIDRO LOZANO MESA** contra la providencia que profirió el Juzgado veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de noviembre de 2022, en el proceso ordinario laboral que el beneficiario de la consulta adelanta contra **UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende de la demandada que declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 2 de octubre de 1997 al 30 de agosto de 2004 y, en consecuencia, el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión administrado por Colpensiones, así como el pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que fue contratado por la empresa demandada como conductor de servicio público, condujo varios autobuses para cubrir diferentes rutas urbanas asignadas por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, en horarios que iban desde las 4 de la madrugada hasta las 10 de la noche; agregó que trabajaba de lunes a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2018 00592 01.

Demandante: ISIDRO LOZANO MESA.

Demandado: UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.

domingo, pero que al momento de su despido verificó que la empresa no realizó ningún aporte para pensión, por lo que solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral la cual fue negada (*fl. 2 a 8 01demandapdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada aceptó como ciertos el objeto social de la empresa, las rutas que debía cubrir en el caso urbano, los comparendos impuestos y la reclamación hecha ante Colpensiones; frente a los demás señaló que no le constan, que el demandante no prestó servicio alguno a la demandada y que no existe registro de que haya sido contratado. Propuso como excepciones enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, abuso del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (*fl. 48 a 52 01demandapdf*).

2.3. Providencia consultada.

Se trata de la sentencia que el **a quo** dictó en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado, que se denominan cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, por el señor ISIDRO LOZANO MEZA.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante en la suma de \$100.000, en favor de la demandada

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, se deberá consultar con el Superior, por ser totalmente adversa a los intereses de la parte actora.

Para llegar a esta conclusión, se remitió a los art. 22, 23 y 24 del CST y a las pruebas aportadas en el proceso, en especial al interrogatorio del parte del actor en la que confesó que su labor como conductor la hizo directamente con los propietarios de los vehículos, a quienes les entregaba la producción de los vehículos diariamente, aunado a que ninguno de los testigos hizo referencia exacta frente a los extremos temporales que adujo la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2018 00592 01.

Demandante: ISIDRO LOZANO MESA.

Demandado: UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.

parte actora en su libelo, por lo concluyó que el demandante no demostró la prestación personal del servicio y por ende, no puede ser cobijado por la presunción del art. 24 del CST.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 23 de mayo de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado solo por el demandante para reafirmar sus argumentos de la demanda.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio del grado jurisdiccional a favor del actor.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es viable declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demandad desde el 2 de octubre de 1997 al 30 de agosto de 2004 y, en consecuencia, el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión?

Tesis

Se confirmará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la existencia del contrato de trabajo

En materia laboral, el artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de la realidad sobre las formas como un principio constitucional, según el cual se debe privilegiar la realidad empírica y objetiva en la que se desarrolla el trabajo, sobre las formalidades pactadas por las partes. La razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2018 00592 01.

Demandante: ISIDRO LOZANO MESA.

Demandado: UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.

24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tendrá por acreditada la existencia de un contrato de trabajo con las consecuencias propias de tal figura jurídica.

Asimismo, y una vez acreditados los elementos propios del contrato de trabajo, se deben demostrar los extremos temporales de la relación, con el calcular con precisión los derechos laborales, es así como en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la CSJ SL16110-2015, adoctrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

3.2. Del caso en concreto.

Con base en la mencionada línea jurisprudencial, la Sala procede a verificar si dentro del plenario la parte actora acreditó la prestación personal del servicio, y una vez acreditada la misma, se trasladará la carga de la prueba a la demanda o para que derruya la presunción del art. 24 del CST, esto es, que demuestre la existencia de un vínculo diferente al laboral.

Así, de las pruebas documentales aportadas por el demandante se evidencia la relación de comparendos por infracciones de tránsito impuestos por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, en donde se estaca que en ese momento el vehículo estaba afiliado a la empresa Universal de Transportes (fl. 21 a 32 *01demandapdf*), y no que la prestación del servicio para la pasiva como lo alega en su demanda.

Situación que se corrobora con el interrogatorio, en el que el actor confesó que, si bien los vehículos que condujo estaban afiliados a la demanda, pertenecían a personas naturales con las suscribió varios acuerdos con ellas en la que dejaban explotar el vehículo a cambio de un *producido* que debía entregar a cada uno de ellos en el tiempo y el valor que acordaran, con lo cual se estaría excluyendo la relación laboral con la demandada.

De las declaraciones rendidas por José Francisco Murcia Castro y Luis Eduardo Carranza López no son lo suficientemente claras para configurar la prestación personal del servicio del actor con cargo a la demandada, pues a pesar de que fueron compañeros conductores de hace varios años atrás y atinaron a decir que laboró para la llamada a juicio, no se debe dejar de lado que, de acuerdo con la confesión del actor, su *salario* lo pagaba el dueño del vehículo.

Hecho que por demás fue aceptado por Luis Ernesto González Rojas, representante legal de la demandada, cuando afirmó que al igual que otros conductores, el vínculo jurídico estaba atado al propietario del vehículo y no con la empresa, ya que esta solo ejercía una labor de afiliación para prestar el servicio de transporte público en las rutas asignadas por el Distrito a cambio de una cuota que el propietario reconocía.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2018 00592 01.

Demandante: ISIDRO LOZANO MESA.

Demandado: UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.

Por último, de las demás pruebas documentales, como el derecho de petición a la misma entidad donde solicita corrección de su historia laboral, el acta de eliminación de documentos y la historia laboral del actor en Colpensiones, (fl. 19 al 20, 32 a 34 respectivamente del *archivo 01demanda.pdf*), nada distinto a concluido se desprende, esto es, que son documentos de tipo personal del actor que no apuntan a configurar el primer requisito del contrato realidad, esto es, la prestación personal del servicio.

Así las cosas, considera la Sala que no es dable declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por lo que, le asiste razón a la juez de primera instancia en imponer sentencia absolutoria.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de noviembre de 2022 de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y

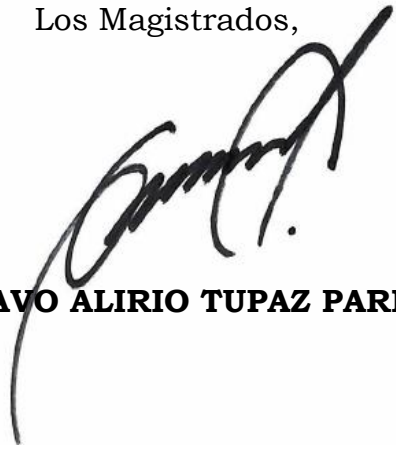
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2018 00592 01.

Demandante: ISIDRO LOZANO MESA.

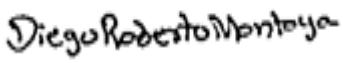
Demandado: UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.S.

de la Seguridad Social.

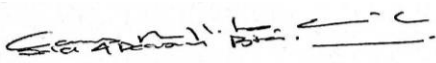
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00735-02.

Demandante: LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN.

Demandado: COLPENSIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que profirió el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, en el proceso ordinario laboral que **LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicitó de la demandada que se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 23 de julio de 2012 el cual fue terminado sin la autorización del Ministerio del Trabajo, en consecuencia, pidió el reintegro al cargo que venía desempeñando con el pago de salarios, prestaciones sociales y la indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a laborar con la demandada desde el 23 de julio de 2012 mediante contrato de trabajo No. 0958 en el cargo de Profesional

Senior 310-03 de la oficina de Control Interno; el 14 de agosto de 2017 sufrió un deslizamiento en su trabajo lo que hizo que su pierna se doblara, por lo que tuvo que reportarlo a ARL y que a su vez lo calificó como accidente de trabajo *espasmo muscular en región lumbar baja y muslo derecho*; que a pesar de las consultas hechas con los médicos y tratamientos ordenados no presentó mejoría.

Agregó que el 21 de enero de 2019 la EPS Sanitas le diagnosticó la enfermedad de *bursitis en el Trocánter*, por lo que decidió informarlo a la empresa adjuntando los exámenes y diagnósticos practicados a este momento; sin embargo, el 27 de febrero de 2019 la ARL Positiva le informó que su caso se había cerrado el 24 de octubre de 2018 por cuanto la pérdida de capacidad laboral fue de 0%, según dictamen practicado el 3 de diciembre de 2018.

El 24 de mayo de 2019 comunicó a la empresa su desacuerdo por el cierre de su caso por parte de la ARL por cuanto aún sentía dolores que le impedían su movilidad; sin embargo, el 5 de junio de 2019 recibió respuesta en la que se le invitó a dialogar su caso con la ARL sin que se concretara reunión alguna. Nuevamente, el 4 de julio de 2019 le comunicó a la demandada su estado de salud e inició las terapias autorizadas por la EPS.

Afirmó que el 24 de julio de 2019 recibió respuesta de la demandada en la cual se le hacía saber que su caso sería nuevamente revisado con la ARL, no obstante, el 2 de agosto de 2019 su contrato fue terminado unilateralmente y sin justa causa por la empresa, por lo que acudió a la acción de tutela la cual fue fallada a su favor en primera y segunda instancia siendo reintegrada a su cargo el 10 de septiembre de 2019, por último, señaló que para el 2019 su salario fue de \$5.882.000 (*fl.º 29 a 47 documentoHMM20210628140533*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Entre tanto, Colpensiones aceptó la modalidad contractual, la fecha de inicio, el cargo de la actora, la fecha de culminación del contrato, la fecha de su reintegro por decisión de un juez de tutela y el salario devengado en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00735-02.

Demandante: LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN.

Demandado: COLPENSIONES.

2019. Arguyó que por ministerio del artículo 11 de la ley 6 de 1945, el artículo 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, así como en el artículo 4 del Reglamento Interno de Trabajo y en la cláusula sexta de su contrato individual de trabajo No. 0958 de 2012, su contrato fue terminado unilateralmente, y si bien se ordenó el reintegro a través de acción de tutela, lo cierto es que la actor no tiene fuero de estabilidad reforzada a la luz de las sentencias del 25 de marzo de 2009 y 15 de julio de 2008 de la Corte Suprema de Justicia, pues carece de una limitación moderada del 15% del PCL. Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debida, buena fe y prescripción (05contestacioncolpensiones20210715).

2.3. Providencia Recurrida.

El A Quo emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la terminación del contrato de trabajo acaecido el día 04 agosto de 2019 de la señora **LAURA NATALIE SERRANO PINZON**, por encontrarse con fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta, por su estado de salud.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato de trabajo suscrito entre la demandante **LAURA NATALIE SERRANO PINZON** y la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** estuvo vigente sin solución de continuidad del 23 de julio de 2012 al 10 de enero de 2020.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a la demandante **LAURA NATALIE SERRANO PINZON** la indemnización que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es a 180 días de salario, que corresponde a un valor de \$31.177.326.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a la demandante **LAURA NATALIE SERRANO PINZON** los salarios causados del 5 de agosto al 9 de septiembre de 2019, que corresponden a la suma de \$6.062.257.

QUINTO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a indexar las sumas objeto de condena al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.

SEXTO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** , al pago de las costas, liquidense en la suma de \$2.000.000, como agencias en derecho.

SEPTIMO: ABSOLVER a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** del reintegro y demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO . CONSULTAR el presente fallo ante el Tribunal Superior de Bogota-Sala Laboral.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditada la existencia del contrato de trabajo en los periodos señalados por la actora, la fecha de su reintegro y su salario, así como la fecha de su renuncia definitiva y motivada el 10 de enero de 2020 de acuerdo con la confesión hecha en su interrogatorio de parte.

Arguyó como fundamento fáctico el art. 26 de la Ley 361 de 1997, las sentencias CSJ SL572-2021, CC T020-21 y CC SU049-2017 para concluir que la demandante demostró su estado debilidad manifiesta a través de los reportes a la ARL sobre su accidente, el dictamen de PCL de la ARL, las sentencias de tutela de primera y segunda instancia, la historia clínica de la actora, las incapacidades del 16 al 20 de septiembre de 2019 y el testimonio de Santiago López Boja que en su condición de médico tratante, por lo que al trasladar la carga de la prueba a la demandada, ésta no demostró una causal objetiva de terminación del contrato, sino una terminación sin justa causa, por ende, concluyó que lo que la demandada violó el fuero especial de salud de la actora y bajo esa línea accedió a las súplicas de la demanda declarando ineficaz el despido del 4 de agosto de 2019, pero no accedió al reintegro pues a pesar de que se dio la orden a través de tutela, la actora renunció el 10 de enero de 2020.

2.4. Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión, Colpensiones fundamentó su recurso en el hecho que la demandante al momento del despido no se encontraba incapacitada y ejercía su labor normalmente, por lo que no puede predicarse discriminación alguna a la actora.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 23 de mayo de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en los artículos 66A y 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita a las materias objeto del recurso y el grado jurisdiccional a favor de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar,

previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”*.

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”*.

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar

estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que 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: 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 estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; 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; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“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”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (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.

Así mismo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su

vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2013 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

3.2. Caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, las cuales serán acogidas desde ya por esta Sala, en la medida en que resultan vinculantes por ser decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción, se constata que en el *sub judice* no fue motivo de discusión que i) la demandante suscribió con la demandada contrato de trabajo desde el 23 de julio de 2012, ii) para desempeñar el cargo de Profesional Senior 310-03 de la oficina de Control Interno, ii) el 14 de agosto de 2017 sufrió un accidente de trabajo con diagnóstico de *espasmo muscular en región lumbar baja y muslo derecho*; iii) reportado como accidente de trabajo el 16 de agosto de ese mismo año; iv) el 3 de diciembre de 2018 fue calificada con pérdida de capacidad laboral de 0%, según dictamen practicado por la ARL Positiva; v) a partir del el 5 de agosto de 2019 el contrato fue terminado unilateralmente y sin justa causa por la empresa, vi) el 10 de septiembre de 2019 fue reintegrada a través de acción de tutela proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00735-02.

Demandante: LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN.

Demandado: COLPENSIONES.

Conocimiento de Bogotá y confirmada por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, y vii) el 10 de enero de 2020 renunció a su cargo.

En cuanto a la condición de salud del demandante se tiene constancia que los días 2 de octubre, 10 de noviembre de 2017, 7 de febrero y 12 de marzo de 2018 la empresa Centro de Especialistas Médico-Quirúrgicas Ltda, empresa designada por la ARL para el tratamiento de las dolencias que padece la actora, diagnosticó *dolor en la articulación M255 derecho y esguince torcedura de la columna lumbar S355* y en el último de ellos, emite el siguiente concepto (fl.º 15 a 22 documentoHMM20210628140533):

Consulta

Finalidad: Detección de Alteraciones del Adulto

Causa Externa: Accidente de Trabajo

Motivo Paciente: control

Enfermedad Actual: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Paciente con antecedente de trauma en extensión en cadera y miembro inferior derecho el 14 de agosto del 2017, al ir caminando se resbaló no sufrió caída al piso. Desde entonces refiere dolor y limitación para la marcha al iniciar la misma desde el reposo o desde la posición sentada. Ha recibido manejo con terapia física sin mejoría. Acude con RM solicitada.

Concepto

Concepto: Paciente con trauma por tracción en cadera derecha al resbalar sin presentar caída de su altura.

Ha continuado con dolor y limitación funcional.

Clínicamente signos sugestivos de pinzamiento femoro acetabular.

RM reportada como normal.

Plan de tratamiento: Se remite a valoración en consulta de cadera tercer nivel hospitalario.

Destino: Remisión

Asimismo, obra incapacidades otorgadas a la demandante por la EPS Sanitas por los siguientes periodos: del 22 al 23 de enero de 2019, 15 y 16 de mayo de 2019, esta última con la orden de terapia física integral de 2 a 10 semanas con el fin darle manejo al dolor de *tendinitis en tensor de fascacia lata derecho* (fl.º 25 a 31 documentoHMM20210628140533), que se ve confirmada con su historia clínica emitida por la empresa San@, mediante la cual se registra los eventos sufridos por esta el 4, 13, 27 y 30 de julio, 5, 6, 24, 26 y 30 de 2019, así como los avances frente a los tratamientos recibidos, en el que se concluye que el dolor y su deficiencia física aún

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00735-02.
Demandante: LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN.
Demandado: COLPENSIONES.

permanece (fl.º 53 a 57 documentoHMM20210628140533):

Fecha : 30/ago/2019
Evento : Finalización de Sesiones Terapia Física

Usuario finaliza sesiones de terapia física y refiere

EVALUACIÓN DOLOR
INTENSIDAD SEGÚN EVA:8 /10

EXAMEN FÍSICO
ARCO DE MOVILIDAD: completa arcos de cadera y rodilla acompañado de dolor
FUERZA: 3/5
RETRACCIONES: musculatura del cuádriceps, isquiotibiales y leve en gemelos

Paciente en buenas condiciones generales, se inicia sesión con termoterapia en cadera por 15 minutos, estiramientos activos asistidos con banda elástica 8 series de 10 repeticiones, ejercicios de fortalecimiento tipo isométricos 5 series de 10 repeticiones, electroestimulación por 10 minutos y finaliza con crioterapia por 7 minutos. Paciente queda en buenas condiciones y se dejan recomendaciones para seguir con tratamiento fisioterapéutico ya que no se obtienen los objetivos propuestos.

se recomienda continuar con ejercicios en casa, se entrega plan casero.

De lo anterior, se evidencia que si bien al momento de la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral por la demandada (5 de agosto de 2019) la actora no se encontraba incapacitada médicamente y no contaba con la calificación de pérdida de capacidad laboral – PCL, no es menos que se encontraba en tratamiento médico que le ayudara a superar sus dolencias, las cuales se habían presentado con dos años de anterioridad, motivo por el cual se configura el primero de los requisitos señalador por la jurisprudencia en precedencia, **consistente en la existencia de una deficiencia física**, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo.

Situación que permaneció aún después de que el contrato terminara, tal como dan cuenta la valoración médica de 23 de agosto de 2019 por parte de Qualitas Salud Ocupacional, en la que se reitera el origen del accidente como laboral, con el siguiente diagnóstico (fl.º 48 a 52 documentoHMM20210628140533):

DIAGNOSTICO	
DIAGNOSTICO:	(M255) DOLOR EN ARTICULACION
DIAGNOSTICO 1	(S321) FRACTURA DEL SACRO
DIAGNOSTICO 2	()
DIAGNOSTICO 3	()
DIAGNOSTICO 4	()
DIAGNOSTICO 5	()
DIAGNOSTICO 6	()
DIAGNOSTICO 7	BURSITIS DE TROCANTER DERECHO????
DIAGNOSTICO 8	
DIAGNOSTICO 9	
RESTRICCIONES:	NINGUNA
RECOMENDACIONES:	MD; SEGUIMIENTO POR EPS, ORTOPEDIA

Por ello, **al analizar del cargo**, sus funciones, requerimientos, exigencias, en su entorno laboral y actitudinal específico previstas en la cláusula segunda del contrato de trabajo, visible a folio 3 y 4 del archivo *documentoHMM20210628140533* y al **contrastar estos dos factores** - interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral- se evidencia que, para la fecha de terminación de su contrato de trabajo, existía una barrera de tipo físico, conocida por el empleador, que le impedía ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con sus demás compañeros.

No le asiste, entonces, la razón a la apelante cuando afirma que el empleador terminó el vínculo contractual sin justa causa, bajo la potestad empresarial de hacerlo, pues en tratándose de personas con algún tipo de deficiencia física, como se demostró en el caso la actora, tal facultad no opera automáticamente, pues a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad se debe demostrar por la empresa la realización de ajustes razonables que permitan disminuir o eliminar la barrera, de tal manera que el trabajador pueda desarrollar su labor sin inconvenientes y no optar por el despido, bajo el argumento que en ese momento no presentaba incapacidad.

Por lo anterior, resultaría acertada la conclusión del *a quo*, y bajo esa línea, el primer numeral de la sentencia, así como el límite temporal indicado por la jueza de primera instancia en el numeral segundo de su decisión, ya que el 10 de enero de 2020 la demandante renunció voluntariamente a su cargo, situación que por demás no generó discusión entre las partes y restringe cualquier estudio que la Sala quiera emprender sobre ese particular.

La misma suerte correrá el punto tercero y cuarto de la sentencia, pues el valor de sanción de 180 días del art. 26 de la Ley 361 de 1997 se hizo con base en el último salario devengado por la actora, esto es suma de \$5'196.221, salario que por demás fue aceptado por la demandada al contestar el último hecho de la demanda, así como de aquellos emolumentos dejados de percibir entre el 5 de agosto al 9 de septiembre de 2019.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00735-02.

Demandante: LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN.

Demandado: COLPENSIONES.

Por último, frente a la decisión de indexar las sumas de dinero a favor de la actora, considera la Sala que se ajusta a los postulados jurisprudenciales, como medida lógica para enfrentar la devaluación del peso colombiano por el paso del tiempo y embates económicos (CSJ SL4632-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

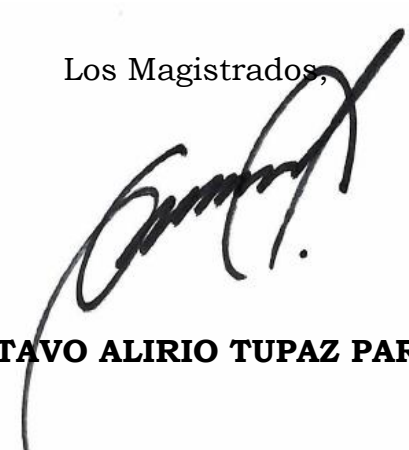
R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

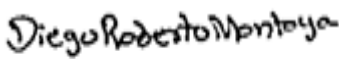
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

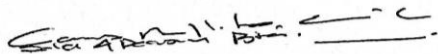
Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00735-02.
Demandante: LAURA NATALIE SERRANO PINZÓN.
Demandado: COLPENSIONES.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que **JUVENAL POVEDA CASALLAS** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida – RPM, al de ahorro individual con solidaridad – RAIS, efectuada a través de Protección S.A. el 24 de julio de 2008.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes e intereses generados en el RAIS, debidamente indexados; y a esta última de recibir y afiliarse a la demandante sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.
Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado (*Archivo 01demandaordinariapdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (*Archivo 11contestacionproteccion*), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (*Archivo 11contestacioncolpensiones*), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

2.3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN** que adelanten todas las gestiones administrativas y financieras tendientes a trasladar la totalidad de los recursos percibidos en el régimen de ahorro individual con solidaridad con que cuenta la AFP PROTECCIÓN con ocasión de la vinculación irregular del demandante al RAIS debiéndose trasladar la totalidad de los recursos percibidos por concepto de cotizaciones con destino al Sistema General de Pensiones desde PROTECCIÓN S.A, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, debidamente indexados y sin descuento de naturaleza alguna, teniendo en cuenta los IPC certificados por el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL
_____ x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO

INDICE INICIAL (Valor de Cada Cotización)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Debiéndose tomar como índice inicial, el mes de pago de la respectiva cotización y como índice final el de la fecha en que se haga la transferencia efectiva de recursos con destino al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia, esto es, en la medida en que debe entenderse que el demandante, con ocasión de la definición de multifiliación que se dio para el año 2008, se mantiene desde dicha data, afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas

TERCERO: COSTAS. Sin costas en la instancia.

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

Para llegar a esta conclusión, indicó que en el año de 2008 se definió la multifiliación del actor, en el sentido de que pertenecía a Colpensiones, por lo que no se aplicará la figura jurídica de ineficacia del traslado, que da cuenta que, de acuerdo con esa decisión, se entiende que nunca estuvo vinculado en el RAIS. Asimismo, frente al formulario de traslado a ING Pensiones y Cesantías del 22 de marzo de 2011, pese a estar firmado por el actor, lo cierto es que la misma no es válida, ya que se hizo antes del término de los 5 años para que se pudiera trasladar a la luz de la Ley 797 de 2003.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES manifestó que el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional en el 2003, luego se afilió para el 2011 con la AFP ING Pensiones y Cesantías, con lo cual el formulario goza de plena validez por tener más de 5 años de acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, de la misma manera, el traslado del actor implica un riesgo para la sostenibilidad financiera, pues han pasado más de 20 años sin que el actor cotizara al sistema de prima media.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., adujo en su recurso que no está obligada a trasladar los dineros ahorrados por el demandante indexados y sin descuento alguno, pues en el año de 2008 se resolvió la multifiliación del actor y se dijo que pertenecía a Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 21 de noviembre de 2022, aceptó el desistimiento presentado por la apoderada de Protección SA y admitió el recurso de apelación de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor. Luego, mediante auto de 16 de febrero de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el demandante y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A., así como los realizados posteriormente?

Tesis

Se revocará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la Multiafiliación.

Sea lo primero indicar que el artículo 16 de la Ley 100 de 1993 establece que un afiliado no puede realizar cotizaciones simultáneas a los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

dos regímenes pensionales o distribuirlas entre las mismas; prohibición que también se encuentra consignada en el Decreto 3995 de 2008.

Por su parte, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 prevé que está prohibida la múltiple vinculación, señalando que el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de señalados por la legislación para trasladarse, de manera que cuando cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, sólo será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; así, las demás vinculaciones no serán válidas. En tal sentido, CSJ Rad. 42500 del 08 de octubre de 2014 ha dicho que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional es la validez de la última afiliación efectuada en los términos legales, aspecto que también puede avizorarse en CSJ SL2259-2022 y CSJ 4332-2022.

3.2. De la ineficacia del traslado.

A su turno, la Ley 100 de 1993 implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

El artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

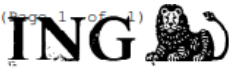
En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Caso concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 1° de julio de 1983 presentó aportes en tal régimen, según la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.
Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

		PENSIONES Y CESANTÍAS	
Solicitud de Vinculación ING Fondo de Pensiones y/o ING Fondo de Cesantía - Trabajadores Dependientes			
Ciudad o Municipio	BOGOTA	Fecha solicitud	2011 03 22
		Fecha primer pago	A A A A M M D D
		No.	8934458
Pensiones obligatorias			
☐ Vinculación Inicial	☒ Traslado Régimen	☐ Traslado AFP	Entidad anterior (ISS o Cajas/AFP anterior) ISS
Cesantías			
☐ Vinculación Inicial	☐ Traslado AFP (ley 50)	☐ Traslado Retroactivas	Valor a Traslado \$
Información personal			
Primer Apellido	POVEDA	Segundo Apellido	CASALLAS
Primer Nombre	JUVENAL	Segundo Nombre	
Sexo	☒ M ☐ F	Fecha nacimiento	1962 10 30
		Lugar nacimiento (Ciudad o Municipio)	BOGOTA
País nacimiento	COLOMBIA	Nacionalidad	☒ Colombiano ☐ Extranjero
		Tipo documento	☒ C.C. ☐ C.E. ☐ C.D. (Carne Diplomático) ☐ T.I.
Doc. de identidad No.	79266162	Fecha expedición	1981 06 05
		Lugar expedición	BOGOTA
Información de localización			

De lo anterior es claro para la Sala que el actor tuvo varios periodos de permanencia en el RAIS, el primero, del 16 de septiembre de 1994 al 2 de abril de 2003, y el segundo, del 22 de marzo de 2011 a la fecha, pues de acuerdo con el comunicado de la demandada Protección SA, al decidir la multiafiliación del actor, definió que quedó válidamente vinculado al ISS – Colpensiones, anulando la solicitud del 2008 con ING.

Por ello, acierta parcialmente el *a quo* cuando considera que la afiliación efectuada en el 2008 resultaría inválida y en tal sentido, no sería dable emprender el estudio de ineficacia sobre un traslado que no se concretó en la vida jurídica; no obstante, no podía concluir lo mismo respecto del segundo traslado efectuado a ING el 22 de marzo de 2011, cuando lo declaró inválido por presentarse la solicitud de traslado, sin que mediara al menos los cinco años como lo refiere el art. 2 de la Ley 797 de 2003, por cuanto al tener como inválido el traslado de 2008, se tendía que el actor permaneció en el RPM desde 3 de abril de 2003 y, al trasladarse en el 2011, no mediara el término a que hace alusión la norma anterior.

Por ello, el juzgador de primera instancia debió abordar el estudio de ineficacia respecto de este último traslado, como en efecto lo solicitó el actor y lo hará la Sala, no sin antes dejar en claro que la restricción para trasladarse de un sistema a otro no siempre fue de cinco años, como erradamente lo manifiesta el *a quo*, pues con vigencia del art. 13 de la Ley de 1993, los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, y una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años.

Sobre este punto, asegura el actor en su demanda que no se dio información cierta, veraz, completa y coherente al momento de suscribir el formulario, que no se realizó una proyección de su mesada pensional a futuro, por lo que cree que sufrió engaño por la AFP demandada, aunado a que, si bien suscribió el formulario de afiliación, no se le brindó la información completa como lo exigen las normas y la jurisprudencia.

En efecto, se debe empezar por indicar que de conformidad con la sentencia CSJ SL4426-2019, la Corte ha establecido que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*, por lo que, si bien el actor en su declaración refirió que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz.

Asimismo, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, para la época en que Juvenal Poveda se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (22 de marzo de 2011), existía la obligación del fondo de pensiones de realizar los análisis previos calificado y global de los antecedentes del afiliado, los pormenores de su pensión, con el fin de que el asesor pudiera emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y por lo tanto aquello que le podía perjudicar, tal como lo consagraba en su momento el art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, sin embargo nada de eso fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

De lo anterior, para esta Sala es evidente que la demandada Protección SA omitió al momento del traslado de régimen (22 de marzo de 2011 con efectividad el 30 de diciembre de 2012), el deber brindar información completa y oportuna al actor, en los términos ya indicados, por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

lo que al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, derivaría en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional del actor.

Siendo menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJ SL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

En efecto, en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL638-2020, y CSJ SL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de Protección S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia a fin de DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el actor y se condenará CONDENAR a Protección S.A. a devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales y rendimientos también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, valores**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de Protección S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de Protección S.A.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2022, en proceso ordinario laboral que JUVENAL POVEDA CASALLAS adelanta contra PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. – **DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional efectuado por JUVENAL POVEDA CASALLAS el 22 de marzo de 2011 (con efectividad el 30 de noviembre de 2012) al Régimen de Ahorro Individual y, en consecuencia, para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

TERCERO. – **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivo rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuota de administración comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en esta providencia.

CUARTO. – **CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los saldos trasladados de la AFP PROTECCIÓN SA, a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO. - **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00236 01.

Demandante: JUVENAL POVEDA CASALLAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

SEXTO. - DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

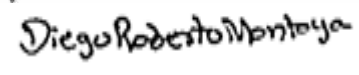
SÉPTIMO. Sin costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de Protección S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

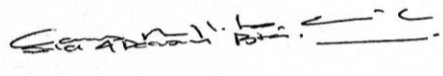
Los Magistrados



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de octubre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. Horizonte hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., traslade los saldos o aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; reembolse los cobros y gastos de administración descontados; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Como fundamento de sus pretensiones, argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyada de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, (fls. 196 a 197 del archivo 01, 155 a 156 del archivo 01, y 220 a 226 archivo 01) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación.

2.3. Llamamiento en garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formuló las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción (fls. 305 a 310 archivo 01).

2.4. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor MANUEL ALFREDO PARDO GOMEZ al R.A.I.S. a través de HORIZONTE HOY SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR el 30 de noviembre del año 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A., trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor **MANUEL ALFREDO PARDO GOMEZ** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., ellos significa que debe trasladar 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 cargos a sus propias utilidades.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES debidamente indexados los valores que hubiere deducido de los aportes afectados por el demandante por el concepto de gastos de administración.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir al señor **MANUEL ALFREDO PARDO GOMEZ**, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A Y PORVENIR.**

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra de acuerdo con lo esbozado en la parte motiva de este proveído.

OCTAVO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción propuesta de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, denominada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS CARECE DE AMPARO Y/O COBERTURA pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, no probadas los demás hechos sustento de la excepción de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva.

NOVENO: SIN CONDENA EN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

2.5. Argumentos de las Recurrentes.

Colpensiones señaló que la actora no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional conforme a la Ley 797 de 2003, en la que se establece que cuando al afiliado le faltaren diez años para cumplir la edad para su pensión de vejez, este estará en imposibilidad de realizar el traslado; que es un tercero ajeno a todos los actos jurídicos entre las A.F.P. y, por manera que las consecuencias del traslado deben tener efectos *inter partes*; que no debe ser condenada a recibir al actor en el régimen de prima media, ya que, esto afectaría gravemente el sistema financiero de la entidad, pues con el traslado este contraería una alta posibilidad de ser pensionado; y que las A.F.P. que faltaron al deber de información deben reintegrar los recursos de la cuenta individual de ahorros del afiliado, los rendimientos, los bonos pensionales, los gastos de administración y pago de seguros previsionales.

Por su lado, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., arguyó frente a la condena de devolver los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje de aporte a la pensión de garantía mínima que, se encuentra imposibilitada para hacer tal acción, puesto que los dineros de seguros previsionales fueron enviados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

directamente a una aseguradora, quien a su vez se encargaba de cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivientes de la demandante; que los dineros de gastos de administración y comisiones fueron utilizados para hacer una buena administración de la cuenta de la actora, con lo que se generó mayores rendimientos; y que al declararse la ineficacia se le obliga a devolver unos dineros que COLPENSIONES, se estaría enriqueciendo con su gestión.

Por su parte, PORVENIR S.A. dijo que según Corte Suprema de Justicia en se debe estudiar todas las particularidades concretas que rodean el traslado que se reputa ineficaz y el momento histórico en el que se presenta este acto jurídico; que no se tuvieron en cuenta todas las pruebas aportadas y tampoco lo dicho en el interrogatorio de parte; que estaba frente a una desventaja probatoria, ya que, para el momento que se realizó el traslado de régimen era imposible que tuviera pruebas adicionales al formulario de afiliación; que para el año 2000 la A.F.P. Horizonte dio cabal cumplimiento al deber legal del deber de información, siendo el demandante una persona completamente capaz de contraer y suscribir obligaciones, es por eso que firmó el formulario de afiliación con pleno conocimiento de las obligaciones que con ello contraería; que junto con Horizonte administraron de forma adecuada la cuenta de ahorro individual de la actora, con apego a las disposiciones legales para el año 2000; que la condena de devolver el dinero de gastos de administración y seguros previsionales desborda los efectos jurídicos de la ineficacia, ya que, si se tiene que las cosas se devuelven a un estado inicial y que el negocio jurídico no se realizó no se puede pedir un traslado de una cuenta de ahorro individual que no reposa hoy en día en su poder; y que la indexación de los valores sobrepasa los efectos de la ineficacia.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. Horizonte hoy PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 07 de abril de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en los folios 261 al 274 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Cesantías y Pensiones Horizonte hoy PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 2000 (fls 160 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse como una señal nítida del deseo de la persona de realizar una afiliación o de desafiliarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de inejecución; que esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría; y que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos, si el afiliado no pudo acceder a su derecho básico de obtener una información suficiente la consecuencia, es la inejecución del traslado.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 160 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de noviembre de 2000 con Fondo de Cesantías y Pensiones Horizonte hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Pardo Gómez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 noviembre de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de Horizonte Fondo de Cesantías y Pensiones le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías en el fondo privado, como lo es pensionarse con una mesada pensional superior; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a el nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en mayo de 2014 (fl.293 del archivo 01), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Horizonte Fondo de Cesantías y Pensiones hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aclarándose que cada uno de ellos se trata de rubros disímiles, así como tienen un fin distinto dentro del R.A.I.S. por lo que, no es dable predicar su compensación. Así, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022), como por la apelación impetrada, **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de establecer que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargos a sus propias utilidades, también debe devolver lo correspondiente a **aportes con destino a seguros previsionales; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, debe devolver comisiones, valores pagados por concepto de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados.

Así mismo, se DISPONDRÁ que los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y PORVERNI S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

3.3. Del Llamamiento en Garantía.

Al respecto, encuentra la Sala revisado el plenario que a folios 325 a 337 del archivo 01 obra póliza No. 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

S.A., con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece *“Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”*; lo que implica que la póliza arriba referida sólo se activa para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente *Litis*.

Adicionalmente, y como quedó visto la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por lo que no era dable imponer condena a la aseguradora.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero de** la sentencia a fin de establecer que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargos a sus propias utilidades, también debe devolver lo correspondiente a **aportes con destino a seguros previsionales; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, debe devolver comisiones, valores pagados por concepto de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados.

DISPONDER que los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2019 00372 01.

Demandante: MANUEL ALFREDO PARDO GÓMEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredo

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00828-01.

Demandante: **ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES** interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO** contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls. 1 a 151 del archivo 7, 1 a 96 del archivo 6 y 1 a 125 del archivo 5), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, **PORVENIR S.A.** propuso la excepción de compensación

2.3. Llamamiento en Garantía

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fls. 62 a 73 del archivo 05), quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 14).

2.4. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A y con efectividad a partir del 1 de diciembre del 2000, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se debe predicar del traslado que se hizo de PORVENIR a SKANDIA, cuya efectividad fue el 1º de julio de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES las sumas que recibió por gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados al momento del pago. Se le requiere que al momento de cumplir la sentencia estos conceptos, los presente de manera discriminada con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, el IBC, aportes y demás información relevante para verificar el cumplimiento de la sentencia conforme lo ha ordenado la Corte Suprema de Justicia.

Demandante: **ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA que transfiera todas las sumas de dinero obra en la cuenta de ahorro individual de la señora ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO, junto con sus rendimientos y los gastos administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres (3) conceptos, es decir, desde los gastos de administración deben ser indexados al momento del pago, y con la misma prevención de la discriminación de los detalles como se le dijo a PORVENIR S.A en el numeral anterior.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata los numerales segundo y tercero de esta sentencia, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: INFORMARLE a **COLPENSIONES** que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener la reparación para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia, en contra de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A si bien lo tiene.

SEPTIMO: DENEGAR el llamamiento en garantía invocado por SKANDIA S.A, frente a la aseguradora **MAPFRE**.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. y SKANDIA, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), para la liquidación de estas costas se deberá aplicar la regla 6ª del artículo 365 del CGP, es decir, en proporciones iguales entre las demandas condenadas. Asimismo, se condenará a SKANDIA S.A a pagar las costas a favor de la llamada e garantía MAPFRE dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), teniendo en cuenta lo explicado en la parte motiva.

2.5. Argumentos del Recurrente.

PORVENIR S.A. manifestó frente al deber de información que, cumplió con sus obligaciones teniendo en cuenta los requerimientos de la época, lo que se acreditó con el formulario de afiliación; que el formulario de afiliación es un documento público que se presume autentico, no ha sido desvirtuado a lo largo del proceso; que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado nos encontrábamos en el primer estadio del deber de información, donde era dicho documento el único que se exigía a las A.F.P. para entender como materializado o valido el traslado de régimen; que si la carga de la prueba es de la A.F.P., el único documento que se les exigía por ley y jurisprudencialmente para entender como valido el traslado era el formulario; que del interrogatorio de parte llama la atención las inconsistencias que tiene con respecto a la demanda, dado que en los hechos de esta se narra que hubo un acompañamiento por parte de los asesores del fondo, no obstante, en el interrogatorio de parte se alude a que nunca hubo un acompañamiento por parte de sus asesores; que

la juez de primera instancia señala que la inconsistencia en el interrogatorio de parte se debe a que hubo un cambio de nombre de empresa y que por eso pudo dar esa situación; que aunado a ello, la demandante dijo que hasta ahora iba a ingresar a trabajar a la empresa, sin embargo, si se revisa su historia laboral, la demandante llevaba trabajando seis meses, lo cual lleva a poner en entredicho todo lo que dijo en su interrogatorio; que la demandante continuó afiliada a PORVENIR S.A. hasta el 2012, cuando en la que hubo cambio de empleador, es sabido que cuando pasa esto, se le suele preguntar en qué fondo de pensiones se encuentra y si se quiere cambiar; que el juez de primera instancia señala que ni siquiera el empleador sabía que la demandante se encuentra afiliada a PORVENIR porque siguió realizando los aportes en Colpensiones, lo cual pone en tela de juicio lo que señaló en el interrogatorio de parte, puesto que dice que el empleador fue el que le suministró los documentos donde se presume que estaba el formulario de afiliación, por lo anterior si fue el empleador el que le entregó el formulario, este debía saber que la demandante estaba afiliada a PORVENIR S.A.; que conforme lo anterior se le hace difícil a mi representada probar las condiciones en las que se dio el traslado, ya que esta sólo cuenta con el formulario de afiliación y con el interrogatorio de parte donde se evidencia la mala fe de la demandante, ya que esta señala y narra unos hechos en el escrito de demanda y en el interrogatorio de parte, otros; que la condena a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración, primas de seguros, fondos de garantía de pensión mínima debidamente indexados, no procede, ya que, en el régimen de prima media también se descuenta el 3% para poder financiar estas sumas; que dichas sumas no financian el derecho prestacional en ninguno de los dos regímenes prestacionales y frente a estas no se puede predicar el carácter de imprescriptibilidad, del cual sólo goza el derecho pensional, de modo que, el Despacho se equivoca al declarar no probada la excepción de prescripción; que los efectos de la declaración de la ineficacia es de volver las cosas a su estado anterior, de manera que para dejar a la demandante y a Colpensiones en tal estado, basta con que la A.F.P. devolviera lo correspondiente a capital y rendimientos financieros que se hubiesen causado; que es ampliamente conocido que los rendimientos que se causan en el régimen de ahorro individual, son muy superiores a los que se causan en el régimen de prima media, por lo cual no se le estaría causando ningún perjuicio; que la forma

de liquidación de mesadas pensionales de COLPENSIONES y que quizá no sea sostenible, no tiene que ser una consecuencia para que se le obligue a devolver dichas sumas, esto es, una sanción a las A.F.P.; que se debe compensar las condenas de gastos de administración, primas de seguros y la indexación de cualquier título con los rendimientos que se hubiesen causado en el régimen de ahorro individual y que excedan los que se hubiesen causados en el régimen de prima media; que como lo ha señalado el Tribunal de Cundinamarca cuando se ordena la devolución de rendimientos financieros, estos incluyen frutos e intereses que se obtienen con los dineros recibidos por parte de los afiliados por concepto de cotizaciones, por lo que se al obligarse a PORVENIR S.A. a devolver tales rubros, se estaría incurriendo en una doble sanción.

Por su parte **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** manifestó que la ley señala cuales son los emolumentos que deben trasladarse al momento de que opere un traslado de régimen pensional, por lo cual la norma no contempla que los gastos de administración y seguros previsionales deban trasladarse; que la ley señala que el 3% de los gastos de administración son utilizados para la correcta administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por ello dichos rubros no se encuentran en su poder; que sobre los gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción, pues son económicos, periódicos, y no están destinados a cubrir la pensión de vejez, por ende, son derechos crediticios que son susceptibles de la figura de la prescripción; que el motivo por el cual se niega el llamamiento en garantía se fundamenta en que la a aseguradora no intervino en el acto jurídico del traslado de la demandante, pero bajo ese mismo criterio es importante resaltar que ella tampoco lo hizo, y debe asumir las consecuencias de la ineficacia; que al declararse la ineficacia de traslado, debe generarse un efecto domino y dejar sin efecto el contrato que nació entre con la llamada en garantía, puesto que este no es un contrato independiente, si no por el contrario, su fuente es el seguro previsional; que con fundamento en el artículo 64 del C.G.P. y la declaración de ineficacia a la cual fue sometida el fondo, se deriva la consecuencia para que MAPFRE pague estos conceptos; que acorde a las normas comerciales y al declarase la ineficacia no hay un interés asegurable, por lo cual el contrato de seguros no produce efectos, MAPFRE

está obligado a devolver estas sumas; que frente a dichas primas también opera la excepción de prescripción; y que frente a la indexación ni aplica ya que se debe tener en cuenta la figura de la compensación, ya que, los rendimientos compensan la depreciación de la moneda.

Finalmente, **COLPENSIONES** manifestó que la actora no cumple con los requisitos para poderse trasladar de régimen pensional, conforme los preceptos legales y jurisprudenciales; que no debe desconocerse el cumplimiento del deber que recae sobre los afiliados al sistema general de pensiones, como es el de emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como son, entre otras, la afiliación y el traslado de administradora o régimen; que según las normas, las decisiones que se tomen dentro del sistema general de pensiones deben manifestarse a través de documento firmado u otros medio idóneo autorizado para que la aceptación genere los efectos legales y las demás consecuencias derivadas de las mismas.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por la demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., así como el traslado posterior que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 14 de agosto de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 07; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del

fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. el 1 de diciembre del 2000 (fl.31 del archivo 1).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 64 del archivo 6, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 31 de octubre del 2000 con el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

3.2. Caso concreto

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ayala Jaramillo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (31 de octubre del 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. le indicó que podría obtener una mejor opción de pensión de vejez a través de esta AFP; luego, de tal manifestación, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de PORVENIR S.A. a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 02 de mayo del 2012 (fl.33 del archivo 5); es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta

acertada la condena proferida por el ad quo, dado que es oportuno que dentro de los valores que se deben devolver por parte de SKANDIA S.A. a COLPENSIONES, con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, deban incluirse los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, valores pagados por seguros previsionales, comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, de igual forma es pertinente que dichos valores deban aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo determinó la A Quo, por lo que su decisión se confirmará.

Por las mismas razones, se hace plausible confirmar que PORVENIR S.A. deba devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente indexados y discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C.; condena que impuso la A Quo por lo que se confirmará.

En cuanto a la indexación, no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales. En todo caso, se itera, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, de modo que es la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., por lo que, por esta razón no habría lugar compensación alguna como lo pretende PORVENIR S.A. Lo dicho, según CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

3.3. Del llamamiento en garantía.

Al respecto, encuentra la Sala revisado el plenario que a folios 5 a 11 del archivo 10 obra pólizas No. 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece “Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”; lo que implica que las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente litis.

Adicionalmente, y como quedó visto la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de SKANDIA ADMINISTRADORA DE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00828-01.

Demandante: **ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por lo que no era dable imponer condena a MAPFRE.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2022, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

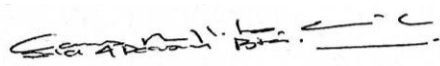
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00828-01.
Demandante: **ELVIA YOLANDA AYALA JARAMILLO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2012-01083 -02.

Demandante: **MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA.**

Demandado: **TRANSCABA LTDA. Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA** interpuso contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **TRANSCABA LTDA., OSCAR HERNÁN BARCO HERRERA, JUAN DE DIOS PERDOMO BONILLA, JUAN CARLOS FORERO RINCÓN, RAÚL ALEJANDRO GONZÁLEZ PÉREZ, y EDGAR LOMBANA DÍAZ.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 23 de enero de 2009 y que continua vigente; la solidaridad de los demandados; la ilegalidad de su despido; y que la no prestación del servicio obedece a su empleador. Como consecuencia de lo anterior, pretende su reintegro junto con los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir; aportes a pensión desde el inicio de la relación laboral, salario de julio de 2009, horas extras, cesantías, intereses a las cesantías con su sanción por falta de pago, prima

de servicios y vacaciones; sanción por despido en condición de embarazo; sanción por no consignación de las cesantías; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 23 de enero de 2009 celebró contrato a término indefinido con TRANSCABA LTDA. para desempeñar el cargo de Coordinadora de Rutas Escolares; **2)** Ejecutaba sus funciones bajo subordinación, siendo sometida a control disciplinario, y cumpliendo un horario de 5:45 A.M. a 6:00 P.M.; **3)** Devengaba \$650.000 más auxilio de transporte; **4)** No fue afiliada a seguridad social en salud y pensiones; **5)** El 14 de marzo de 2009 se realizó una prueba de embarazo con resultado positivo, lo que comunicó a la empresa el 24 del mismo mes y año; **6)** El 04 de mayo de 2009 solicitó su afiliación a salud, recibiendo el 09 de junio del mismo año, el correspondiente formulario, sin efectuarse aportes a seguridad social por parte de la demandada; **7)** El 25 de junio de 2009 solicitó un arreglo favorable para atender sus gastos de salud y embarazo, sin embargo lo que se informó el 13 de julio de tal anualidad fue la modificaciones de sus condiciones contractuales, por lo que debía atender padres y alumnos del Colegio Patria y efectuar el recaudo de dineros de las rutas correspondientes de 5:45 A.M. a 2:30 P.M.; **8)** El 17 de julio de 2009 fue despedida de forma verbal; **9)** No le han pagado el salario de julio de 2009, indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales, vacaciones ni aportes a seguridad social; **10)** El 22 de julio de 2009 solicitó su reintegro y el pago de sus acreencias laborales, empero la empresa negó tal pedimento ante la falta de relación laboral; **11)** El 14 de agosto de 2009 interpuso acción de tutela y el 20 del mismo mes y año acudió ante el Ministerio de Trabajo; la primera se concedió su reintegro mediante sentencia del 31 de agosto de 2009 por parte del Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá- decisión confirmada en segunda instancia-, y la segunda citó al empleador, quien no compareció; **12)** Ante el incumplimiento de la demandada se impetró incidente de desacato, pero no fue posible notificar a esta ante su cambio de domicilio; **13)** Interpuso demandas ejecutivas, empero se estableció que era el proceso ordinario el idóneo para ventilar los supuestos fácticos narrados; **14)** Las personas naturales demandadas son socias de la empresa accionada; y **15)** A la fecha no ha sido reintegrada ni se le han pagado sus acreencias laborales.

2. Respuesta a la Demanda.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2013 y 14 de abril de 2015 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **EDGAR LOMBANA DÍAZ, RAÚL ALEJANDRO GONZÁLEZ PÉREZ, TRANSCABA LTDA., y JUAN CARLOS FORERO RINCÓN** (fls. 299 y 483 del archivo 01).

OSCAR HERNANDO BARCO HERRERA y JUAN DE DIOS PERDOMO BONILLA contestaron a través de curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda; propuso las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo prescripción y compensación; manifestó que no le constaban los hechos; y que se atenía a los que se acreditara en el proceso (fls. 571 a 583 del archivo 01).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no se logró demostrar fehacientemente la existencia de una relación laboral, puesto que no se tiene certeza de los extremos temporales, ya que el expediente es huérfano de documento que dé cuenta de dicho contrato, de modo que no es dable establecer el elemento de la prestación del servicio; que los comprobantes de pago no establecen los extremos temporales, y el interrogatorio de parte es insuficiente para tal efecto; que tampoco se demostró ningún tipo nexos con las personas naturales demandadas; que en todo caso, frente al estado de gestación de la actora era necesario que se comunicara tal situación al empleador, lo que no se demostró en debida forma; y que no se acreditó ningún tipo de servicio suplementario para ordenar el pago de horas extras.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que dentro de la documental se encuentra acreditada la relación laboral y los extremos temporales, conforme certificado laboral expedido por uno de los representantes legales, lo que se corrobora con los desprendibles de nómina; que del interrogatorio de parte

se desprende de igual manera los extremos temporales; que la terminación se comunicó de forma verbal, según lo que se comunicó en el proceso; que las personas naturales fueron llamadas en solidaridad en su calidad de socios; que con lo anteriores elementos es dable establecer la relación laboral, por demás que obran memorandos o comunicados que dan cuenta de subordinación; que se demostró que el empleador sí tenía conocimiento del estado de embarazo de la actora a la fecha de la terminación del vínculo, pues así lo deja ver en las comunicaciones que tuvo con la actora; que ante lo anterior se debió presentar una justa causa y pedir permiso al Ministerio de Trabajo, lo que no se efectuó; que en interrogatorio de parte se manifiesta el horario de trabajo y que durante dicho lapso se trabajaba más de la jornada laboral, lo que también se avizora en el certificado allegado al plenario; que los representantes legales obligan a la empresa ante la sociedad; y que no se debía imponer costas al reconocerse a la actora amparo de pobreza.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Contrato de Trabajo.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

En igual sentido y, en relación con la acreditación de los extremos temporales CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora. En todo caso, en caso de no acreditarse los mismos extremos temporales anunciados en la demanda, el fallador de instancia cuenta con la facultad *infra o minus petita*, y en consecuencia puede reconocer el periodo de tiempo que se encontrara acreditado, siempre y cuando se encuadre en los extremos temporales pretendidos (CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL4515-2020).

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que al plenario se allegó certificación laboral del 07 de mayo de 2009, en donde se hace constar que entre la actora y TRANSCABA LTDA. existió un contrato a término indefinido, en el que la actora prestaba servicios como Coordinadora de Rutas desde el 23 de enero de 2009, devengando la suma de \$650.000 en un horario laboral de 5:30 A.M. a 6:00 P.M. de lunes a viernes; certificación que está suscrita por JUAN DE DIOS PERDOMO en calidad de Gerente General (fl.103 del archivo 01).

En suma, al plenario se arrimó certificación de afiliación a Cafesalud E.P.S. en donde consta que la actora fue afiliada por la empresa demandada el 09 de junio de 2009 y fue retirada el 31 de octubre de 2009, estando suspendida por evidenciarse mora en el pago de sus aportes; memorando del 23 de junio de 2009 por inconvenientes presentados en la prestación de sus servicios; comunicaciones de TRANSCABA LTDA. del 26 de junio y 13 de julio de 2009 que la actora desempeñaría cargos varios debido a estado de embarazo, y posteriormente, que debía estar en el Colegio Patria de 5:45 A.M. a 2:30 P.M. en una oficina para atención de padres y alumnos y que sería la encargada de recaudar el dinero de las rutas correspondientes; y nóminas de enero a mayo de 2009 (fls. 56, 68, 95, 99, 116 a 126 del archivo 01)

De esta manera, para la Sala no existe duda que entre la demandante y TRANSCABA LTDA. existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 23 de enero de 2009, no obstante, se carece de certeza frente al extremo final del vínculo contractual, por lo que en tal medida en virtud del

principio minus e infra petita sólo es dable acudir a la última fecha en que se tenga certeza de la prestación del servicio, que no es otra que el 13 de julio de 2009, data en la que se comunicó el cambio de labores de la actora en una oficina para atención de padres.

Por lo expuesto, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se declarará la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y TRANSCABA LTDA. del 23 de enero al 13 de julio de 2009, teniendo como salario mensual la suma de \$650.000.

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establecen los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Así mismo, se hace necesario precisar que conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.G.P., *“los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás”*, por lo que al ser interpuesta la excepción de prescripción por parte del Curador Ad Litem de OSCAR HERNANDO BARCO HERRERA y JUAN DE DIOS PERDOMO BONILLA (fls. 571 a 583 del archivo 01), es posible su estudio, de modo que en caso de prosperar favorecerán a los demás litisconsortes.

En el caso, encuentra la Sala que según lo expuesto se tuvo como extremo final del contrato de trabajo el 13 de julio de 2009, por lo que desde tal data eran exigibles los derechos que aquí se pretenden, pues según lo dispuesto en sentencia CSJ SL4566-2018, sentencia en la que se analizó un caso de similares características, estos se hacían exigibles desde la desvinculación del trabajador. Así y, dado que se reclamó el 22 de julio del mismo año (fl. 93 del archivo 01), con esta solicitud se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo, por lo que en tales condiciones se debía demandar dentro de los tres años siguientes, esto es, hasta el 22 de julio de 2012, no

obstante, se accionó hasta el 17 de agosto de 2012 (fl.136 del archivo 01), es decir, por fuera del término trienal aludido.

En este punto, se esclarece que el artículo 489 del C.S.T. dispone que el simple reclamo escrito del trabajador interrumpe la prescripción por una sola vez, por lo que, las reclamaciones o trámites que adelantó la actora, como la acción de tutela, no tuvo el alcance para interrumpir nuevamente el fenómeno extintivo. En ese orden de ideas, la posibilidad de solicitar el reintegro ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad se encuentra prescrita, así como la posibilidad de reconocer sanción por despido en condición de embarazo, salario de julio de 2009, prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, y sanciones moratorias.

Frente a aportes a pensión requeridos frente al tiempo que perduró la relación laboral, al ostentar estos la calidad de imprescriptibles por ser derechos conexos a la seguridad social y la posibilidad de la trabajadora de acceder a una pensión, se procede a estudiar tal pedimento.

Aportes a Seguridad Social en Pensiones.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*. Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*, y el artículo 22 *ejusdem* señala el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, y que el *“empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

Así las cosas, considera la Sala que es dable imponer la condena por concepto de aportes al sistema general en seguridad social en pensiones, no obstante, y al evidenciarse afiliación por parte de su empleador a partir del

01 de junio de 2009 en la A.F.P. Horizonte (fl.101), se CONDENARÁ al reconocimiento de los aportes previo cálculo actuarial que haga la entidad de seguridad social donde está afiliada la demandante a pensiones, o donde ella elija en caso no estar vinculada al sistema pensional, debiendo pagar los aportes del 23 de enero a mayo de 2009 mediante cálculo actuarial y los de junio al 13 de julio de 2009 mediante aportes en mora; el cálculo actuarial así como los aportes en mora se deberán pagar teniendo como salario base la suma de \$650.000.

Por otra parte, y en cuanto al estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad, ciertamente el parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del C.S.T., el empleador deberá informar por escrito al trabajador dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de dichos pagos sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen; no obstante, la parte actora no solicitó que condena quería se impusiera ante el incumplimiento de tal obligación, por manera que esta Sala está vedada para imponerla, pues recuérdese que carece de las facultades ultra y extra petita, ya que, estas están reservadas para el juez de única y de primera instancia (CSJ SL440-2021).

Solidaridad Socios.

El artículo 36 del C.S.T. señala que *“son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”*, por manera que, al estarse frente a una sociedad de personas por ser una sociedad limitada, las personas naturales demandadas en la medida que se acredite su condición de socio deben responder en solidaridad.

Demandante: **MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA.**

Demandado: **TRANSCABA LTDA. Y OTROS.**

Por tanto, y dado que está demostrado que OSCAR HERNÁN BARCO HERRERA, JUAN DE DIOS PERDOMO BONILLA, JUAN CARLOS FORERO RINCÓN, RAÚL ALEJANDRO GONZÁLEZ PÉREZ, y EDGAR LOMBANA DÍAZ son socios de TRANSCABA LTDA., según certificado de existencia y representación de folios 131 a 135 del archivo 01); por lo que se **DECLARARÁ la solidaridad** de las personas naturales aludidas, hasta el límite de la responsabilidad de cada uno de estos socios.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA y TRANSPORTE CASTILLO BARCO LTDA. del 23 de enero de 2009 al 13 de julio de 2009, teniendo como salario mensual la suma de \$650.000.

B. DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción. No se declara frente a los aportes a seguridad social en pensiones.

C. DECLARAR solidariamente responsable de las condenas que se impongan a OSCAR HERNÁN BARCO HERRERA, JUAN DE DIOS PERDOMO BONILLA, JUAN CARLOS FORERO RINCÓN, RAÚL ALEJANDRO GONZÁLEZ PÉREZ, y EDGAR LOMBANA DÍAZ, por su

Demandante: **MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA.**

Demandado: **TRANSCABA LTDA. Y OTROS.**

condición de socios de TRANSPORTE CASTILLO BARCO LTDA; dichos socios deberán responder hasta el límite de su responsabilidad.

D. CONDENAR a TRANSPORTE CASTILLO BARCO LTDA. y en solidaridad a OSCAR HERNÁN BARCO HERRERA, JUAN DE DIOS PERDOMO BONILLA, JUAN CARLOS FORERO RINCÓN, RAÚL ALEJANDRO GONZÁLEZ PÉREZ, y EDGAR LOMBANA DÍAZ a reconocer y pagar a MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA los aportes a seguridad social durante el tiempo que perduró la relación laboral. Los aportes del 23 de enero de 2009 al 31 de mayo de 2009 se deberán pagar previo cálculo actuarial que haga la entidad de seguridad social donde está afiliada la demandante a pensiones o donde ella elija en caso no estar vinculada al sistema pensional y, los del 01 de junio de 2009 al 13 de julio de 2009 mediante el pago de tales aportes en mora. El cálculo actuarial, así como los aportes en mora se deberán pagar teniendo como salario base la suma de \$650.000.

E. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. -. Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

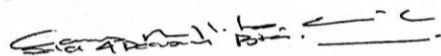
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2012-01083 -02.

Demandante: **MARÍA AMPARO CASTRO ANGARITA.**

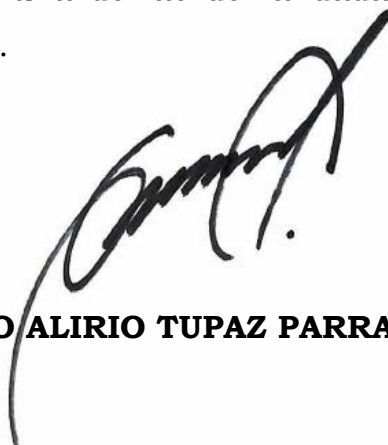
Demandado: **TRANSCABA LTDA. Y OTROS.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de cada una de las demandadas como agencias en derecho la suma de \$300.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00270 -01.

Demandante: **MARÍA FRACCILA SILVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN PANELERA DOÑA PANELA LTDA.**

EPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MARÍA FRACCILA SILVA MARTÍNEZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **CORPORACIÓN PANELERA DOÑA PANELA LTDA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 07 de enero de 2005 al 15 de febrero de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías y sanción por su falta de pago, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, sanción moratoria, dotación, dominicales y festivos, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) A partir del 07 de enero de 2005 desempeñó a favor de la demandada el cargo de Vendedora con una asignación promedio mensual de \$1'200.000

para 2005 a 2007, y de \$1'800.000 de 2008 a 2017; **2)** Dentro de su salario se incluían comisiones; **3)** Le fueron asignadas zonas, como Boyacá y algunos municipios de Santander y Cundinamarca; y **4)** Estaba sujeta a subordinación y a cumplimiento horarios sin ningún tipo de descanso, laborando dominicales y festivos.

2. Respuesta a la Demanda.

CORPORACIÓN PANELERA DOÑA PANELA LTDA. (archivo 06), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la falta de pago de aportes a seguridad social.

Expuso que lo que existió entre las partes fue un convenio de venta de productos, en el que la demandante asumía el riesgo de vender estos a un menor precio; que una vez se elaboraba la factura, se le suministraban los productos y la actora se encargaba de su entrega.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que de conformidad con el acervo probatorio recolectado es posible establecer que entre las partes lo que existió fue una relación comercial, en el que la actora actuaba con mera liberalidad; que de las facturas obrantes en el plenario no es posible establecer los extremos temporales laborados, así como tampoco que recibiera algún tipo de contraprestación por sus servicios; y que aunado a ello, se acreditó que la actora no estaba sujeta a subordinación, y era quien suministraba el transporte para vender productos de la demandada.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** manifestó que se probaron los tres elementos para que exista un contrato de trabajo con el acervo probatorio arrimado, el que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00270 -01.

Demandante: **MARÍA FRACCILA SILVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN PANELERA DOÑA PANELA LTDA.**

por demás no fue valorado en su totalidad; que la subordinación está acreditada pues la demandante prestaba su labor como vendedora de la demandada, así fuera en Santander y Cundinamarca; que la prestación personal se ve en la distribución de servicios de la actora; que la remuneración consistía en comisiones que percibía, las que según criterio de la Corte Suprema de Justicia tienen naturaleza contractual;

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Entre las partes existió en la realidad un contrato de trabajo?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Pruebas Allegadas con los Alegatos de Conclusión.

El 29 de mayo de 2023 el apoderado de la parte actora aporta documentos contentivos de facturas; documentos que se ha dicho de paso

se allegan por fuera de las etapas procesales respectivas para allegar pruebas, y más aún cuando se está en el trámite de la segunda instancia.

En efecto, recuérdese que de conformidad con el artículo 83 del C.P.T y de la S.S., es posible decretar pruebas en segunda instancia, así: **(i)** a petición de la parte interesada, cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin su responsabilidad y habían sido decretadas, y **(ii)** las demás que se consideren necesarias para resolver la apelación o la consulta.

De esta manera, y dado que los documentos allegados pudieron ser aportados desde la presentación de la demanda, es claro que su falta de integración al plenario fue responsabilidad exclusiva de la parte demandante, quien sorpresivamente aspira, incluso, cuando ya ha sido clausurada la primera instancia, allegar documentos para que sean valorados por esta corporación; actuar que se contrapone al derecho fundamental al debido proceso que le asiste a las partes, y en especial al derecho de defensa y contradicción de su contraparte.

Por tanto, las pruebas aludidas no serán valoradas en esta instancia, y esta Corporación se ceñirá exclusivamente a las pruebas que fueron allegadas, decretadas y practicadas en las etapas procesales correspondientes.

Del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Descendiendo al caso, se encuentra que a folios 20 a 179 del archivo 03, se allegaron diversas facturas que dan cuenta de venta de productos de a nombre de la demandada en la que aparece como firma autorizada la de la demandante; con lo que, si bien se podría colegir la prestación de un servicio, tal circunstancia se encontraría desvirtuada.

Ciertamente, a juicio comparecieron a rendir testimonio **Andrea Janeth Poveda Panche, Armando Castellanos Pineda y Ceila Elvira Parra Castellanos** de los que se puede colegir que la demandante tenía un vínculo comercial con la empresa; que esta compraba productos en la planta de producción de la empresa y los vendía en la zona de Boyacá y Santander; que el acuerdo celebrado entre la demandante y la empresa surgió porque ella solicitó a uno de los dueños, al señor Jesús Aranda con quien tiene una relación de primos, que le permitiera vender productos de la empresa para su beneficio personal y este le respondió que sí; que la demandante no recibía órdenes; que la empresa le daba un precio especial a la actora, un descuento del precio normal del producto, y ella vendía a sus clientes; que a la demandante se le entregaba la mercancía que solicitaba directamente en planta de producción, cogía su mercancía e iba y entregaba sus pedidos;

que la demandante pagaba los transportes para la entrega de los productos; que se le pidió a la actora que formalizará sus servicios porque le estaban facturando a clientes que la demandante atendía directamente, lo que ella no quería asumir por temas de impuestos; que la razón por la que se facturaba directamente a la demandante y a su núcleo familiar era por solicitud de ella misma; que la demandante no cumplía horario ni le llamaron la atención en la empresa; que la actora facturaba a nombre propio, de su esposo y de sus hijos, pero después de un tiempo las grandes superficies o las cadenas que maneja Boyacá, como son Almacenes Paraíso o la Canasta, empezaron a solicitar que la factura fuera directamente de la empresa, por lo que las facturas se realizaba a nombre de terceros; que con lo anterior, posteriormente se hacía un cruce de cuentas; que dichas facturas, se realizaba con un precio sugerido por la demandante; que en ocasiones la demandante solicitaba una ayuda para promocionar a sus clientes mercancía, entonces la empresa le entregaba una cantidad de productos obsequio; y que todo producto que no sale facturado o que no se vende sale como obsequio, sea para la demandante, socio y/o visita.

Declaraciones que cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que a folios 10 a 283 del archivo 09 se observa las facturas que se expedía a nombre directo de la demandante, y de quien se señaló era su esposo, Johan Ernesto Vargas Silva según interrogatorio de parte.

Aunado a ello, la demandante en interrogatorio de parte fue clara en manifestar que en ningún momento cumplió horario de trabajo, que era prima de los dueños de la empresa, que habían facturas a su nombre, de su esposo y de sus hijos porque era lo que vendía al comienzo en las Ferias, pese a que estos nunca vendieron; que era ella la que conseguía transporte para sus recorridos y ventas; e incluso manifestó conocer programas de ventas como el TAT, para luego señalar que no sabía que era este.

Finalmente, advierte la Sala que también compareció a rendir testimonio **Raquel Guerrero Rodríguez**, de quien tampoco se logra extraer certeramente la existencia de un vínculo laboral, ya que si bien adujo que a actora laboró con la demandada de 13 años- del 2000 al 2013-, también lo es que informó que la actora ofrecía productos de la empresa demandada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00270 -01.

Demandante: **MARÍA FRACCILA SILVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN PANELERA DOÑA PANELA LTDA.**

en Boyacá; que quien le daba estos era el Ingeniero Armando; que la actora buscaba y pagaba su transporte; y que la actora no tenía horario; de modo que, en tal sentido si bien sería dable establecer la prestación de un servicio, este también tendría la condición de ser autónomo e independiente, por lo que, en tal sentido estaría desprovisto del elemento fundamental que rige las relaciones laborales, esto es, de subordinación.

Así las cosas y, de conformidad con el material probatorio recolectado es posible determinar que lo que existió entre las partes no fue una relación de tipo laboral, pues está suficientemente acreditado que no mediaba subordinación, así como que la actora en la realidad lo que tuvo fue nexos de estirpe comercial.

Conforme a lo expuesto, se considera que le asiste razón a la A Quo por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 01 de julio de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00270 -01.

Demandante: **MARÍA FRACCILA SILVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CORPORACIÓN PANELERA DOÑA PANELA LTDA.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

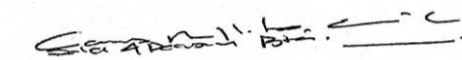
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$300.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2018-00600 -01.

Demandante: **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 14 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO y DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de marzo de 1992 al 15 de diciembre de 2017, con los demandados; que fue despedida sin justa causa; y que no le han entregado el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad de los salarios de los tres meses anteriores al finiquito contractual. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido injusto, sanción moratoria, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías y sanción por su falta de pago, prima de

servicios, vacaciones, pensión sanción o en subsidio, aportes a pensión, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 12 de marzo de 1992 fue contratada por los demandados para ejecutar labores de servicio doméstico; **2)** Devengaba el salario mínimo; **3)** Laboró inicialmente todos los días de la semana, luego, tres días, y finalmente, dos; **4)** Su último salario fue la suma de \$400.000 mensuales; **5)** No fue afiliada a seguridad social integral, ni le fue entregado el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad al finiquitarse la relación laboral; **6)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; **7)** El 15 de diciembre de 2017 le dieron por terminado su contrato de trabajo; y **8)** Nació el 24 de marzo de 1972.

2. Respuesta a la Demanda.

CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO y DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA (fls. 30 a 42 y 48 a 61 del archivo 01), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la falta de pago de aportes a seguridad social, prestaciones sociales y vacaciones, así como tampoco que entregó constancia del estado de pago de sus aportes a seguridad social y parafiscales.

Expuso que la demandante nunca laboró a su servicio; que se firmó de buena fe una certificación de parte del señor DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA, la que tenía como fin que se lograra un crédito a favor de la demandante; que la actora laboraba para otros empleadores, quienes la tienen afiliada a seguridad social desde el 15 de marzo de 2011.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que si bien se allegó certificación que da cuenta de la existencia de una relación laboral entre las partes, lo cierto es que esta se desvirtuó con el restante acervo probatorio, como quiera que de los testigos es dable establecer que se expidió en virtud de un crédito que la actora estaba necesitando, y que la demandante prestó sus servicios únicamente de forma esporádica; y que por lo anterior, no es dable tener por acreditado el elemento de la prestación personal del servicio durante el periodo indicado en la demanda.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** manifestó que con la certificación allegada a juicio, es dable considerar que los hechos allí consignados son ciertos, a menos que se acredite contundentemente que no se acompasa a la realidad, según criterio de la Corte Suprema de Justicia; que en dicha documental se hace alusión al servicio prestado, el que se acompasa con lo expuesto por los testigos, en donde se encuentra la prestación de por lo menos de un día; y que incluso el señor Ricardo Vásquez anunció que la vio laborando el día sábado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los demandados, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que entre las partes existió un contrato de trabajo?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Principio de la Primacía de la Realidad y de las Certificaciones Emitidas por el Empleador.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la

prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado que el 07 de febrero de 2018, el señor DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA certificó que la demandante prestaba servicios en su residencia desde el 12 de marzo de 1992, con una periodicidad de un día a la semana, con una asignación diaria de \$50.000 (fl.15 del archivo 01)

Frente a las certificaciones emitidas por el empleador en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 se ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida; no obstante, y de conformidad con el acervo probatorio narrado no es dable considerar que se cumplió con tal cometido.

Lo dicho, por cuanto si bien la demandante en interrogatorio de parte informó que pidió tal certificación para lograr el desembolso de un crédito, en ningún momento señala que no hubiere laborado durante el tiempo que se le certificó; asimismo, la actividad probatoria desplegada por los demandados no resulta lo suficientemente sólida, puesto que la testigo Sandra Patricia Cortés si bien señala que era quien prestaba el servicio doméstico de febrero de 2005 a noviembre de 2010, señala que sólo laboraba un día, por lo que no le puede constar si en el resto de la semana, eventualmente iba otra persona a cumplir su misma labor; Ricardo Alberto Bohórquez Prieto además que es el esposo de la hija de CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO, Lina Beatriz, adujo que ocasionalmente vio a la actora laborando los días sábados; y Paola Blanco Castillo además de ser hija de la demandada, señaló que sólo vio esporádicamente a la actora cuando prestaba sus servicios en fiestas o eventos que tenía su familia y cuando hacía ventas de productos por catálogo, no obstante, incurre en contradicción al manifestar que desde 1994 no la volvió a ver; declaración

que por demás no se acompasa por lo manifestado por los demandados al rendir interrogatorio de parte, puesto que de tales declaraciones es dable colegir que la demandante acudía a las reuniones familiares con sus hijos, que dichas reuniones eran aproximadamente cada dos meses, y que se le pagaba \$50.000- valor que a 1994 constituye casi medio salario mínimo-.

En tales condiciones, los testimonios no resultan lo suficientemente certeros para desvirtuar el contenido de la certificación, así como tampoco los documentos visibles a folios 67 a 69 del archivo 01, pues si bien en ellos el galeno Oswaldo Matta Santacruz aduce que el señor DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA padecía de un trastorno de ansiedad, dicha patología data de 2012 y 2013 sin que se hubiere acreditado certeramente que perdurara para la fecha de expedición de la certificación laboral ni mucho menos que tal circunstancia nublara su juicio y por ende, que pudiera afectar su capacidad al momento de suscribir la misma; por demás que dicho documento proviene de médico particular, no se encuentra transcrita por médico de la E.P.S., y no cuenta con una historia clínica que la soporte.

Igualmente, y en cuanto a los soportes de seguridad social dicha prueba también es insuficiente para determinar que la actora no laboró al servicio de los demandados, puesto que nada impide que una persona labore para uno o varios empleadores de forma simultánea, salvo que haya pactado exclusividad, según lo dispuesto en el artículo 26 del C.S.T.

Así las cosas, no queda otro camino que establecer que entre las partes existió un contrato de trabajo; la condena se hará extensiva a ambos demandados, como quiera que servicio prestado por la demandante fue a favor del hogar constituido por estos. Al respecto, CSJ SL4723-2019 señaló:

“Así mismo, en lo concerniente al punto de la falta de valoración de la demanda por parte del *ad quem* al no tener en cuenta que las órdenes eran impartidas por MARÍA CRISTINA ZAMBRANO DE PEÑA y no por su cónyuge, bajo la afirmación que *«del nexo contractual, estaba excluido el señor PEÑA ROMERO, ya que este, solo se celebró [...] entre las dos señoras, lo cual es lógico y elemental, los esposos no intervienen en la contratación del servicio doméstico»* (subrayas fuera del texto) (f.º 15 de cuaderno de la Corte), resulta inaceptable a esta Sala el argumento, por ir en contravía de los lineamientos constitucionales del Estado social de derecho, que impone la eliminación de la discriminación incluso al interior de las familias fundado en los denominados roles de género y estereotipos tradicionalmente considerados

Demandante: **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO Y OTRO.**

como válidos, en grave menoscabo de grupos poblacionales determinados, lo cual, en este caso, se materializa en una afirmación misógina al pretender exculpar su responsabilidad patronal, que se dio por acreditada procesalmente, con el argumento de que no intervino en el desarrollo de una relación de trabajo por ser el caballero del hogar y no entenderse con el servicio doméstico, olvidando incluso que conforme al artículo 177 del CC **la dirección conjunta del hogar es una obligación legal que asiste a los cónyuges**". Negrillas por la sala.

En cuanto, al salario se tendrá en cuenta el salario mínimo legal, pues si bien en la certificación se alude a la suma de \$50.000 diarios, la demandante señaló en interrogatorio de parte que al principio su salario ascendía a \$5.000 cuando prestaba el servicio el día completo y a \$2.500 cuando sólo era medio día; asimismo, se desconoce desde que calenda se pagaban los \$50.000 diarios.

En cuanto a los extremos, conforme a la certificación se tiene que inició la relación laboral el 12 de marzo de 1992, no obstante, la demandante también aceptó pese a que dicho documento data del 07 de febrero de 2018 que laboró hasta el 15 de diciembre de 2017, por lo que, se tendrá esta última fecha; igualmente, se tendrá únicamente un día de labor a la semana tal y como se aduce en la certificación, pues si bien el aludido testigo, Luis Carlos Ojeda Guerra hace mención de más días durante diversos lapsos, no se tiene certeza desde y hasta cuando se laboró más de un día a la semana.

En síntesis, se **REVOCARÁ** la sentencia. En su lugar, se DECLARARÁ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 12 de marzo de 1992 al 15 de diciembre de 2017, en el que la actora desempeñó su cargo de empleada doméstica un día a la semana, y devengaba el salario mínimo legal diario.

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2018-00600 -01.

Demandante: **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO Y OTRO.**

artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., lo que se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

En el asunto, considera la Sala que se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo únicamente con la interposición de la demanda, lo que ocurrió el 14 de septiembre de 2018 (fl. 18 del archivo 01), por lo que las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2015 se vieron afectadas por tal fenómeno; ello, con excepción de las cesantías y de los aportes a pensión, puesto frente a las primeras, según sentencias CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010, y CSJ Rad. 4389410 de junio de 2015, la prescripción sólo empieza a contarse a partir de la ruptura del vínculo contractual, y frente a las segundas, por su imprescriptibilidad al tratarse de valores conexos a la seguridad social y a la posibilidad de acceder a la pensión por parte del trabajador (CSJ SL5041-2021).

Por ende, se DECLARARÁ PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN PRESCRIPCIÓN de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015, con excepción de las cesantías y los aportes a pensión.

Despido Sin Justa Causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

En el caso, se demostró que el contrato de trabajo entre las partes finiquitó por mutuo acuerdo; ello como quiera que tal circunstancia fue aceptada por la demandante al rendir interrogatorio de parte, por manera que no se impondrá indemnización por dicho concepto, máxime si se tiene en cuenta que en ningún momento se acreditó el hecho del despido.

Cesantías, Intereses a las Cesantías, Prima de Servicios, Vacaciones, y Liquidación Final de Prestaciones Sociales.

En cuanto a las **cesantías**, se tiene que al haberse laborado sólo un día a la semana y que el salario acreditado es el mínimo legal que se adeudan los siguientes valores: 1992, \$9.409,09; 1993, \$11.794,61; 1994, \$14.245,70; 1995, \$17.166,14; 1996, \$20.513,38; 1997, \$24.826,06; 1998, \$29.418,89; 1999, \$34.129,06; 2000, \$37.541,10; 2001, \$41.279,33; 2002, \$44.599; 2003, \$47.918,67; 2004, \$51.671,33; 2005, \$55.063,17; 2006, \$58.888; 2007, \$62.597,37; 2008, \$66.609,83; 2009, \$71.719,23; 2010, \$74.331,67; 2011, \$77.304,93; 2012, \$81.793,70; 2013, \$85.084,50; 2014, \$88.909,33; 2015, \$93.001,18; 2016, \$99.511,34; y 2017, \$102.040,61; para un total de **\$1'365.917,81.**

En lo referente a los **intereses a las cesantías**, dado que operó la prescripción frente a las causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015, se tiene que se debe pagar por tal concepto, los siguientes valores: 2015, \$11.160,14; 2016, \$11.941,36; y 2017, \$11.734,87; para un total de **\$34.836,17**

En lo que respecta a **primas de servicios**, se rememora que esta se garantizó a las trabajadoras del servicio doméstico a través de la Ley 1788 de 2016, norma que data del 07 de julio de 2016, por lo que, se adeuda; segundo semestre de 2016, \$49.755,67; y por 2017, \$102.040,61; esto es, **\$151.796,28**, por lo que, se ordenará el pago de tal rubro.

Frente a **vacaciones**, se tiene que al operar la prescripción de las causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015, son exigibles los periodos que se describen y por los siguientes valores: 12 de marzo de 2014 al 11 de marzo de 2015, \$46.500,59; 12 de marzo de 2015 al 11 de marzo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2018-00600 -01.

Demandante: **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO Y OTRO.**

de 2016, \$49.755,67; 12 de marzo de 2016 al 11 de marzo de 2017, \$53.238,58; y 12 de marzo al 15 de diciembre de 2017, \$40.520,47; para un total de **\$190.015,31** por tal concepto.

Pensión Sanción.

Los requisitos para acceder a la pensión sanción están contemplados en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone que el trabajador no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante 10 años o más y menos de 15 años, tiene derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad si es hombre, o 55 años si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido; que si el retiro se produce por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla 55 años de edad si es hombre, o 50 años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido; y que a partir del 01 de enero de 2014 las edades se reajustarán a 62 años si es hombre y 57 años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante 10 años o más y menos 15 años, y a 60 años si es hombre y 55 años si es mujer, cuando el despido se produce después de 15 años de dichos servicios.

Conforme la disposición en cita, el derecho a la pensión sanción se configura cuando el trabajador nunca fue afiliado por parte de su empleador a sistema general de pensiones, interpretación que se encuentra acorde con CSJ SL1510-2018; asimismo el trabajador debió haber sido despedido sin justa causa, según CSJSL 3773 de 2018, último aspecto que no se acreditó en juicio, pues como quedo visto la relación finalizó por mutuo acuerdo.

Aportes a Seguridad Social en Pensiones y Estado de Aportes a Seguridad Social y Parafiscales.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de

pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*. Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*, y el artículo 22 *ejusdem* señala el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, y que el *“empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

Así las cosas, considera la Sala que es dable imponer la condena por concepto de aportes al sistema general en seguridad social en pensiones al no evidenciarse afiliación por parte de su empleador, en la entidad donde se encuentra afiliada la actora a pensión, o donde ella elija en caso no estar vinculada al sistema pensional mediante cálculo actuarial; dicho aportes pensionales se deberán pagar por el tiempo laborado por la accionante a razón de día a la semana de labor entre el 12 de marzo de 1992 y el 15 de diciembre de 2017; cálculo actuarial que deberá ser liquidado teniendo como salario base, el salario mínimo legal diario vigente para cada anualidad.

Por otra parte, y en cuanto al estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad, ciertamente el parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del C.S.T., el empleador deberá informar por escrito al trabajador dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de dichos pagos sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen; no obstante, la parte actora no solicitó que condena quería se impusiera ante el incumplimiento de tal obligación, por manera que esta Sala está vedada para imponerla, pues recuérdese que carece de las facultades ultra y extra petita, ya que, estas están reservadas para el juez de única y de primera instancia (CSJ SL440-2021).

Sanciones Moratorias e Indexación.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones moratorias, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que no existe duda en la imposición de dichas sanciones, puesto que el mismo empleador certificó las condiciones laborales en las que vinculó a la demandante, sin que dicha certificación se hubiera desvirtuado con el acervo probatorio recolectado.

En tales condiciones no es dable concluir que se ha actuado de buena fe, por lo que, se impondrá **sanción moratoria**, la que consistirá en **un salario diario**, que para el caso asciende a la suma de **\$7.216,66**, puesto que el último promedio salarial mensual de la actora era \$216.500 al laborar únicamente un día a la semana; dicha suma se pagará **por cada día de retardo desde el 16 de diciembre de 2017 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre**

asignación certificada por la Superintendencia Financiera, pues se demandó el 14 de septiembre de 2018, esto es, dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, 15 de diciembre de 2017.

Al punto, se aclara que se tomó la suma de \$50.000 diarios, puesto que si bien no se tiene certeza desde cuando se reconoció tal valor, conforme a la certificación visible a folio 15 del archivo 01 sí se conoce que este fue el último salario, circunstancia que reafirmó el testigo Luis Carlos Ojeda Guerra.

Igualmente, se accede a la **sanción por no pago por intereses a las cesantías**, que consiste en un pago igual a los intereses a las cesantías adeudadas, por lo que se debe pagar por tal concepto **\$34.836,17**.

Así mismo, se ordenará el pago de **sanción por no consignación de las cesantías**, la que, al haber operado el fenómeno de la prescripción sobre las anteriores al 14 de septiembre de 2015, se tiene que adeudan las siguientes: **2014** (151 días), **\$447.510,30**, **2015** (360 días), **\$1'116.014,40**; y **2016** (360 días), **\$1'194.136,08**; no se imponen las de 2017, puesto que estas hacían parte de la liquidación final de prestaciones sociales, y la indemnización que se impone por tal rubro es la sanción moratoria antes referida.

En este punto se esclarece que el salario mensual promedio de la actora para 2014 era de \$88.909,33, 2015, \$93.001,18 y 2016, \$99.511,34, -salarios mínimos diarios multiplicados por 4,33- por lo que, el salario diario proporcional mensual de la actora equivalía a las sumas de \$2.963,64, \$3.100,04 y a \$3.317,04, respectivamente.

No se ordena **indexación** frente a prestaciones sociales, puesto que esta condena resultaría incompatible con la sanción moratoria, la que cobija la actualización por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, por ende, es dable ordenar su pago únicamente frente a las vacaciones, la sanción por no consignación de las cesantías y la sanción por no pago de intereses a las cesantías. Lo dicho, conforme a CSJ Rad. 35.603 del 01 de febrero de 2011, y CSJ SL4278-2022.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de los demandados.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ y CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO y DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA del 12 de marzo de 1992 al 15 de diciembre de 2017, en el que la actora desempeñó su cargo de empleada doméstica un día a la semana, y devengaba el salario mínimo legal diario.

B. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015, con excepción de las cesantías y los aportes a seguridad social, conforme se expuso en la parte considerativa de esta providencia.

C. CONDENAR a CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO y DIONISIO DE JESÚS GÓMEZ DE LA ESPRIELLA a reconocer y pagar a favor de CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ las siguientes sumas y conceptos:

1. Cesantías, \$1'365.917,81.
2. Intereses las cesantías, \$34.836,17.
3. Prima de servicios, \$151.796,28.

Demandante: **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO Y OTRO.**

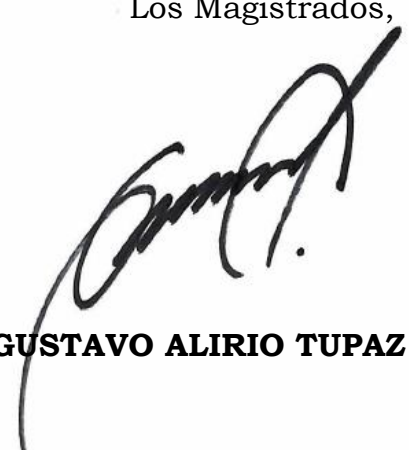
4. Vacaciones, \$190.015,31; valor que se deberá pagar debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago.
5. Sanción moratoria. Un salario diario -\$7.216,66-por cada día de retardo desde el 16 de diciembre de 2017 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.
6. Sanción por no pago de intereses a las cesantías, \$34.836,17; valor que se deberá pagar debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago.
7. Sanción por no consignación de las cesantías; 2014, \$447.510,30; 2015, \$1'116.014,40; y 2016, \$1'194.136,08; valores que se deberán pagarse debidamente indexados al momento de hacerse efectivo su pago.
8. Aportes al sistema general en seguridad social en pensiones, en la entidad donde se encuentra afiliada la actora a pensión, o donde ella elija en caso no estar vinculada al sistema pensional mediante cálculo actuarial; a razón de un día a la semana de labor entre el 12 de marzo de 1992 y el 15 de diciembre de 2017; cálculo actuarial que deberá ser liquidado teniendo como salario base, el salario mínimo legal diario vigente para cada anualidad.

D. ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. -.Costas en ambas instancia a cargo de los demandados.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

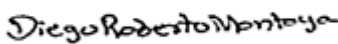


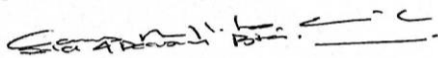
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2018-00600 -01.

Demandante: **CECILIA VILLANUEVA RAMÍREZ.**

Demandado: **CECILIA CONCEPCIÓN CASTILLO BUENO Y OTRO.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de los demandados como agencias en derecho la suma de \$500.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00408 -01.
Demandante: **JESÚS ANTONIO CÓRDOBA MADRIGAL**
Demandado: **PALMAS MONTERREY S.A. Y COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PALMAS MONTERREY S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 12 de agosto de 2022, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA dentro del proceso ordinario laboral que **JESÚS ANTONIO CÓRDOBA MADRIGAL** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de noviembre de 1979 al 19 de mayo de 1986 con PALMAS MONTERREY S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que dicho empleador pague tales tiempos a través de cálculo actuarial y que COLPENSIONES reliquide su pensión teniendo en cuenta las semanas dejadas de pagar junto con las diferencias que resulten debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Nació el 04 de abril de 1962; **2)** Laboró al servicio de PALMAS

MONTERREY S.A. del 12 de noviembre de 1979 al 19 de mayo de 1986, siendo afiliado el 20 de mayo de 1986 por parte tal empleador; **3)** Mediante Resolución GNR 43230 del 24 de febrero de 2015 se reconoció pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, a partir del 04 de abril de 2012, liquidándose esta con base en 843 semanas y sin tener en cuenta el tiempo laborado entre el 12 de noviembre de 1979 y el 19 de mayo de 1986.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 35 a 50 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la fecha de nacimiento del actor; la afiliación que realizó PALMAS MONTERREY S.A. el 20 de mayo de 1986; y el reconocimiento prestacional sin tener en cuenta tiempos anteriores que hubieran sido laborados con anterioridad a dicho empleador.

Adujo que carece de legitimación en la causa frente a las pretensiones encaminadas a la declaratoria de un contrato de trabajo; que es posible efectuar un cálculo actuarial cuando el empleador dejó de pagar aportes a pensión; y que la liquidación de la pensión se hizo de conformidad con los tiempos que aparecen ajustados a la realidad.

Por su parte, **PALMAS MONTERREY S.A.** (fls. 82 a 93 del archivo 01) también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de la relación laboral con el demandante en los tiempos que se aduce en la demanda.

Manifestó que para la época en que el demandante laboró a su servicio no existía en su cabeza la obligación legal de efectuar cotizaciones al I.S.S., así como tampoco de realizar ningún tipo de aprovisionamiento para tal efecto; y que fue llamada a cotizar hasta el 24 de agosto de 1987, pues el actor laboraba en Puerto Wilches- Santander.

Demandante: **JESÚS ANTONIO CÓRDOBA MADRIGAL**

Demandado: **PALMAS MONTERREY S.A. Y COLPENSIONES.**

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a PALMAS MONTERREY S.A. a pagar a favor del demandante las cotizaciones causadas al Sistema General de Pensiones correspondientes al periodo laborado entre el 12 de noviembre de 1979 y el 19 de mayo de 1986, las cuales deberán ser aportadas a COLPENSIONES previo cálculo actuarial elaborado por dicha administradora.

SEGUNDO. – ORDENAR a COLPENSIONES elaborar el cálculo actuarial en el que incluya el periodo laborado por el actor, desde el 12 de noviembre de 1979 al 19 de mayo de 1986, previa información suministrada por dicha sociedad, que no deberá superar el termino de 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.

TERCERO. – ORDENAR a COLPENSIONES que dentro del mes inmediatamente siguiente al pago del cálculo actuarial aquí ordenado proceda a actualizar la historia laboral del demandante, y estudie nuevamente el derecho pensional en lo referente a la liquidación en la mesada pensional, en cuantía que deberá obtener el nivel más favorable.

CUARTO. – DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

QUINTO. - CONDENAR a PALMAS MONTERREY S.A. únicamente al pago de las costas del proceso. Liquidense por secretaría incluyendo la suma de \$500.000, como valor en que se estiman las agencias en derecho.

SEXTO. – DECLARAR que para todos los efectos legales que la actual reliquidación de la mesada pensional a cargo de COLPENSIONES aquí ordenada, será exigible luego de que le sea girado por parte de PALMAS MONTERREY S.A. el monto debido correspondiente al cálculo actuarial.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que si bien surgió para la demandada la obligación legal de afiliación hasta el Decreto 1617 de 1987, estaba a su cargo efectuar tal pago, pues un entendimiento contrario afectaría los intereses del trabajador, ya que, afecta la posibilidad de acceder a una pensión; que lo dicho de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia; que con la Ley 100 de 1993 se previó la posibilidad de pagar los periodos dejados de pagar a través de cálculo actuarial; que le corresponde a COLPENSIONES efectuar dicho cálculo, así como actualizar la historia laboral y reliquidar su pensión de vejez una vez cuente con los aportes correspondientes; y que no opera prescripción, pues se ven afectados por tal fenómenos al estar ligados al derecho pensional.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PALMAS MONTERREY S.A. señaló que está ubicada en Puerto Wilches y que sólo fue llamada a afiliar a sus trabajadores hasta el año

1987, por lo que antes se encontraba en imposibilidad legal y material de realizar el pago de cotizaciones a sus trabajadores; que pese a lo anterior desde mayo de 1986 afilió al demandante en pensiones y desde entonces realizó sus cotizaciones; que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece que le corresponde al empleador pagar el 75% y al trabajador el 25% de su aporte pensional, lo que ha sido respaldado por la Corte Constitucional; que es inequitativo que deba pagar el 100% de los aportes, cuando no fue llamado a cotizar, de suerte que de ser llamado se hubieran efectuados tales descuentos; y que no se ha eximido al trabajador de la responsabilidad del porcentaje que debe asumir de su aporte.

Por su parte, **COLPENSIONES** dijo que no es dable reliquidar la pensión del actor, pues se pagó de conformidad con el régimen de transición y el promedio de sus últimos diez años de cotización; que la pensión se reconoció teniendo en cuenta los aportes con los que contaba y esta se encuentra ajustada a derecho; y que no puede ser responsable de los aportes, pues esta es obligación del empleador.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable imponer a PALMAS MONTERREY S.A. una condena por cálculo actuarial, a su vez que sea COLPENSIONES quien efectué tal cómputo y proceda a reliquidar pensión de vejez?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Calculo Actuarial. Trabajadores Palmas Monterrey S.A.

Pretéritamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse, señalando que los tiempos no subrogados por falta de llamado a inscripción, deben ser computados y tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que en primer lugar el empleador tenía la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, y en segundo lugar, por cuanto tales tiempos tienen incidencia jurídica frente al Sistema General de Pensiones, en atención a la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social (CSJ Rad. 41745 del 16 de julio de 2014; CSJ SL1356-2019).

De esta manera, el empleador está en la obligación de reconocer el pago del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social por aquellos lapsos en los que el trabajador le sirvió, sin que importe si se había iniciado la cobertura de la afiliación.

En efecto, de conformidad con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, los empleadores tienen la obligación de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró, y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del I.S.S., no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del C.S.T. (CSJ SL2879-2020).

Así mismo, es necesario rememorar que cuando la relación laboral que se alega es anterior a la Ley 100 de 1993, esa situación no exime al empleador del pago del cálculo actuarial porque *“el derecho a la pensión de carácter fundamental, se garantiza sin afectar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones”* (CSJ SL3937-2018 y CSJ SL1720-2022).

En este punto, se hace necesario advertir que si bien en sentencia T-281 de 2020, en aplicación del principio de equidad, se determinó que *“Habida cuenta que las cotizaciones necesarias para que el actor acceda al derecho deben pagarse, a efectos de que la administradora de pensiones encuentre soporte financiero para el reconocimiento de la prestación, ampliando lo dispuesto por la Sentencia T-435 de 2014, se establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época, se aporten 523,57 semanas, de las 596 trabajadas con la accionada, en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946 y 33 del Decreto 3041 de 1966. Con esto, el empleador deberá cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS”*; lo cierto es que dicha sentencia tiene efectos *inter partes*, por lo que en tal sentido no ata a la justicia ordinaria en su especialidad laboral; en consecuencia la Sala se abstendrá de dar aplicación a dicha sentencia, y por el contrario, reitera que se atiene a lo que sobre la temática ha expuesto la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

El criterio en mención fue adoptado en un proceso de similares connotaciones contra el mismo demandado, PALMAS MONTERREY S.A. en sentencias CSJ SL4917-2020, CSJ SL3327-2022.

Así las cosas, le asiste razón al *A Quo* al impartir condena por concepto de cálculo actuarial, al haber sido aceptado por parte de PALMAS MONTERREY S.A. que el demandante estuvo a su servicio entre el 12 de noviembre de 1979 y el 19 de mayo de 1986 y, que la razón de la falta de pago era la falta de llamado a inscripción al I.S.S. durante tal lapso; por manera que, en tal sentido la sentencia se confirmará; cálculo actuarial que ciertamente le corresponde ser liquidado a COLPENSIONES, quien es fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante.

Reliquidación de Pensión de Vejez. Acuerdo 049 de 1990.

En juicio se encuentra acreditado que mediante Resolución GNR 43230 del 24 de febrero de 2015 se reconoció una pensión con fundamento en el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, para lo cual se tuvo en cuenta un total de 843 semanas y una tasa de reemplazo del 63% (fls. 52 a 57 del archivo 02)

Así las cosas, y dado que no existe duda que el demandante es beneficiario de una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, es dable al existir nuevos tiempos la reliquidación de su prestación, puesto que con ellos alcanzaría 340,14 semanas más para un total de 1183,14 semanas, lo que permitiría en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 ejusdem que se reliquide su pensión con una tasa de reemplazo del 84%.

Así las cosas, y si bien la prestación pudo ser reliquidada por el *A Quo*, al no ser objeto tal circunstancia objeto de impugnación por parte de la demandante, resulta razonable que el *A Quo* hubiera establecido que COLPENSIONES con los aportes objeto de condena mediante cálculo actuarial, debe proceder a estudiar nuevamente el derecho pensional en lo referente a la liquidación en la mesada pensional, y reconocer la prestación en cuantía que resulte más favorable, pues como quedó visto al acumular un número adicional de semanas puede acceder a una tasa de reemplazo mayor.

Conforme a lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00408 -01.
Demandante: **JESÚS ANTONIO CÓRDOBA MADRIGAL**
Demandado: **PALMAS MONTERREY S.A. Y COLPENSIONES.**

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

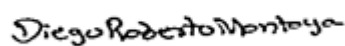
SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PALMAS MONTERREY S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



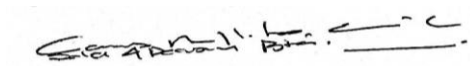
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00408 -01.
Demandante: **JESÚS ANTONIO CÓRDOBA MADRIGAL**
Demandado: **PALMAS MONTERREY S.A. Y COLPENSIONES.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES y PALMAS MONTERREY S.A.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00541 -01.

Demandante: **VIVIANA ALEXANDRA AGRAY VILLAMIL.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S. Y GOLD RH S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **VIVIANA ALEXANDRA AGRAY VILLAMIL y GOLD RH S.A.S.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera recurrente adelanta contra **SALUD TOTAL E.P.S.** y la segunda recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de mayo de 2006 hasta el 04 de abril de 2018 con SALUD TOTAL E.P.S.; que dicha prestación de servicios fue consecuencia de una intermediación laboral de GOLD RH S.A.S. y de TALENTUM C.T.A.; que los valores pagados por concepto de medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, y auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, eran comisiones que remuneraban su labor, y que por ende, eran salario; que no le pagaron sus primas de servicios, vacaciones, cesantías, e intereses a las cesantías, aportes a pensión y salud; y que su último salario fue la suma de

\$1'901.431. Como consecuencia de lo anterior, pretende la reliquidación de sus cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión y salud; sanción por no consignación de las cesantías y por falta de pago de los intereses a las cesantías; sanción moratoria; e indexación.

Subsidiariamente, solicita que las anteriores acreencias laborales sean asumidas por GOLD RH S.A.S. como empleador directo y SALUD TOTAL E.P.S. en solidaridad y, en suma, indemnización por despido sin justa causa e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** En 2004, SALUD TOTAL E.P.S. suscribió contrato con C.T.A. Colaboramos para que esta realizara el proceso de afiliación de sus afiliados al P.O.S. y la comercialización de dicho plan; y en febrero de 2005 contrató a C.T.A. Talentum para el cumplimiento de tal función; **2)** Ingresó a laborar al servicio de C.T.A. Talentum el 17 de mayo de 2006 para prestar servicios de Asesor Comercial en SALUD TOTAL E.P.S. con un horario de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 6:00 P.M.; **3)** Devengaba un salario mínimo, así como valores denominados medios de transporte, un auxilio o subsidio de transporte no salarial; **4)** Los medios de producción que usaba C.T.A. Talentum eran de SALUD TOTAL E.P.S., así como esta ejercía el control legal, jurídico y financiero de la C.T.A.; **5)** La representante legal de C.T.A. Talentum que aceptó la oferta mercantil, así como quien ejerce tal cargo actualmente, y los señores nicolas y Eduardo Wilches Rozo- accionista mayoritarios de SALUD TOTAL E.P.S., son socios fundadores de SALUD TOTAL E.P.S.; **6)** El régimen de trabajo asociado de la C.T.A. fue suscrito por el actuar representante legal y secretario general de SALUD TOTAL E.P.S.; **7)** El compromiso suscrito entre la C.T.A. y la E.P.S. finalizó el 13 de enero de 2014; **8)** Presuntamente el vínculo que tenía con la C.T.A. finalizó por mutuo acuerdo, sin embargo, esto se dio por el proceso de formalización ordenado por el Ministerio del Trabajo al que se comprometieron la C.T.A., la E.P.S. y GOLD RH S.A.S. el 09 de mayo de 2014; **9)** Por lo anterior, suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 14 de enero de 2014 con GOLD RH S.A.S. para desempeñar el cargo de Asesora Comercial al servicio de SALUD TOTAL E.P.S., haciendo actividades propias del objeto

social de esta; **10)** El aludido contrato estuvo vigente hasta el 04 de abril de 2018; **11)** Le pagaban un auxilio no salarial para medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos como contraprestación de sus servicios, esto es, por la afiliación efectiva de afiliada al P.O.S.; **12)** A partir de febrero de 2017 y hasta el 04 de abril de 2018 el auxilio no salarial para medios de transporte se pagó como salario bajo la denominación de comisiones; y **13)** El último salario que devengó fue la suma de \$1'901.431.

2. Respuesta a la Demanda.

GOLD RH S.A.S. se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (fls. 315 a 359 del archivo 01).

Aceptó la terminación del vínculo laboral con la empresa el 04 de abril de 2018.

Adujo que no se una empresa de servicios temporales ni ejerce intermediación laboral; que inició una relación laboral con la actora el 14 de enero de 2014 y no le constan hechos anteriores a tal fecha; que cumplió con sus obligaciones legales y contractuales; y que se pactó que los medios de transporte no tenían naturaleza salarial, lo que aceptó la trabajadora de forma libre y voluntaria.

Por su parte, **SALUD TOTAL E.P.S.** también se opuso a a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (fls. 515 a 541 del archivo 01).

Aceptó la contratación de los servicios de C.T.A. Talentum para promover el proceso comercial teniendo a la promoción de la afiliación de usuarios al sistema general de seguridad social en salud; y la celebración de una oferta mercantil el 30 de julio de 2008 con dicha C.T.A.

Manifestó que el asociado prestó sus servicios de forma libre. autogestionaria conforme a sus propias reglas y disposiciones legales regido

por sus propios estatutos sin que le sea aplicable la legislación laboral; que a través de contratos comerciales se les entregó la totalidad del proceso comercial a GOLD RH S.A.S., quienes prestaron tales servicios de manera autónoma y autogestionaria; que GOLD RH S.A.S. prestó sus servicios de conformidad con la normatividad que rige el cooperativismo;

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la actora y GOLD RH S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de enero de 2014 al 02 de abril de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a pagar a la actora las diferencias en los pagos efectuados por concepto prestaciones sociales y vacaciones en las siguientes sumas:

CESANTÍAS \$1'811.292
INTERESES A LAS CESANTÍAS \$222.442
PRIMA DE SERVICIOS \$945.872
VACACIONES \$910.559

TERCERO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones durante los meses que en vigencia del contrato cotizo con un salario inferior al devengado, teniendo en cuenta los salarios que se relacionaron en el archivo excel que forma parte integral de la sentencia, a través de la administradora de pensiones a la que se encuentre actualmente afiliada la demandante.

CUARTO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a pagar a la actora la suma de \$41'025.912 a título de indemnización moratoria y a partir del 2 de abril de 2020 la empleadora pagará a la trabajadora los intereses moratorios causados sobre las prestaciones sociales insolutas hasta cuando el pago de las mismas se efectúe.

QUINTO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a pagar a la actora la suma de \$40'351.619 por concepto de la indemnización por la no consignación de las cesantías.

SEXTO: ABSOLVER a SALUD TOTAL E.P.S de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *inexistencia de las obligaciones, falta de causa y título para pedir, pago, compensación, enriquecimiento, abuso del derecho y buena fe* formuladas por GOLD RH S.A.S., **PROBADAS** las de *inexistencia de la relación laboral, cobro de no debido, inexistencia de la obligación* formuladas por SALUD TOTAL EPS-S S.A. y **PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de *prescripción* formulada por GOLD RH S.A.S.

OCTAVO: CONDENAR en costas a GOLD RH S.A.S, en la suma de \$15'000.000 como agencias en derecho a favor de la demandante.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la tacha frente a los testigos no es procedente por cuanto no se evidencia una circunstancia que

afecte su credibilidad o imparcialidad, pues únicamente narraron los hechos que le constaban; que si bien no hay duda que la actora prestó servicios como Asesora Comercial a SALUD TOTAL E.P.S., esta no actuó como empleador, pues entre el 17 de mayo de 2006 y el 13 de enero de 2014 fue contratada por C.T.A. Talentum, y del 14 de enero de 2014 al 04 de abril de 2018, lo fue con GOLD RH S.A.S.; que fue la demandante quien solicitó su vinculación ante la cooperativa, fue aceptada y firmó el convenio, por demás que entre la C.T.A. y la E.P.S. se celebró una oferta mercantil; que no se convino un contrato de suministro de personal, por el contrario SALUD TOTAL E.P.S. contrató la totalidad de los servicios que prestaba como E.P.S. desde la parte administrativa hasta la atención de los pacientes, por lo que es lógico que la C.T.A. usara a sus trabajadores asociados, lo que se corroboró por lo testigos, cuando señalaron que todos los trabajadores del departamento comercial eran trabajadores de la C.T.A.; que aunado a lo anterior quienes impartían órdenes eran asociados de la C.T.A., de modo que el poder subordinante no devenía de la E.P.S.; que igual situación se presentó con GOLD RH S.A.S.; que por lo anterior, no resultan prosperas las pretensiones principales; que está acreditado que el demandante laboró al servicio de GOLD RH S.A.S. mediante contrato de trabajo; que de la documental es posible colegir que además del salario se le pagaba el auxilio no salarial para medios de transporte, y si bien se pactó una cláusula de exclusión salarial, lo que se acreditó en juicio es que no demostró que el pago estuviera destinado a ayudar a la trabajadora con los gastos de movilización sino que se liquidaba de conformidad con las afiliaciones que alcanzaba; que frente al concepto denominado medios productivos no se acreditó el porqué de su pago, por lo que en tal sentido es dable tenerlo como pago que remuneraba los servicios de la actora; que por lo anteriores, es factible reliquidar el salario con fundamento en los rubros aludidos; que operó la excepción de prescripción frente a las diferencias prestacionales causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016 al demandarse el mismo día y mes de 2019; que no se ordena el pago de aportes a salud, pues en nada se beneficia el demandante con tal reconocimiento; que hay lugar a sanción moratoria pues GOLD RH S.A.S. se sustrajo del pago de sus obligaciones, misma razón por la que se impone sanción por no consignación de las cesantías; que el vínculo laboral terminó por renuncia de modo que no es dable imponer indemnización por despido sin justa

causa; y que no es dable condenar en solidaridad a SALUD TOTAL E.P.S., como quiera que las labores de comercialización de afiliaciones al P.O.S. no hacen parte del giro ordinario de sus funciones, ni su función esencial.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que si bien la demandante fue vinculada a través de la C.T.A. y GOLD RH S.A.S. lo fue para la prestación de servicios a favor de SALUD TOTAL E.P.S., lo que no obedece a la legalidad suficiente para establecer la independencia que se alude, pues fue la E.P.S. quien creó la E.P.S., de manera que no se puede colegir que fueron los mismos trabajadores los que orquestaron su creación; que una de las funciones principales de una E.P.S. es la atención, no puede pretenderse que todas las actividades que desarrolla como la atención médica, talento humano, puedan ser tercerizados porque fue esto lo que precisamente el Ministerio de Trabajo le exigió frente a una formalización laboral; que aunado a ello, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 establece que es la E.P.S. la encargada de la afiliación, registro de afiliados y recaudo de sus cotizaciones frente al P.O.S., lo que se concreta con el artículo 2° del Decreto 1285, donde se señala que debe promover la afiliación; que los contratos de comodato no excusan los medios de producción de la empresa cliente, debe ser observado como una falencia, no una virtud, es un indicio de que no se tenía la fuerza suficiente para prestar el servicio; que la responsabilidad no es delegable a través del contrato de mandato; que en virtud de solidaridad también es dable establecer que SALUD TOTAL E.P.S. al menos era la beneficiaria de la obra del demandante; que frente a la reliquidación de aportes pensionales es claro que se deben realizar conforme al salario realmente devengado por la trabajadora sin tener en cuenta prescripción; y que se debe adicionar la condena en costas a cargo de SALUD TOTAL E.P.S.

Por su parte, **GOLD RH S.A.S.** señaló que los conceptos de medios de transporte y equipos productivos según contrato de trabajo, otro sí, y desprendibles de pago van únicamente hasta noviembre de 2016, pues después se pagaron comisiones; que siempre se pagó auxilio de transporte, que es un rubro que se reconocía para que esta fuera a su casa al trabajo y viceversa; que la cláusula de exclusión salarial frente a los medios de

transporte eran legales, pues las normas que en que se sustentó tal situación, artículo 128 C.S.T., establecía que lo pagado por tal concepto no era salario, por demás que el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 señalan que los pagos no salariales no se deben tener en cuenta para aportes, prestaciones ni vacaciones, y la jurisprudencia vigente para la época de los hechos establecía que no eran factor salarial; que la cláusula cuarta hacía referencia a pagos no salariales, por lo que bajo tal escenario, no era posible que se tuvieran además del rubro aludido, los referentes a equipos productivos, para liquidar prestaciones; que la moratoria es un enriquecimiento sin causa porque es desproporcionado, más aun cuando el Ministerio de Trabajo pareciera que no tiene ni facultades legales ni jurisprudenciales, pues el contrato fue valido por el Viceministro de Trabajo, de modo que con ello no se le puede endilgar mala fe; que el reajuste de salario por los aportes a pensión sí prescriben; y que se debe revisar el valor de las costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por GOLD RH S.A.S., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que el empleador principal de la actora era SALUD TOTAL E.P.S.?, ¿es posible considerar que los valores pagados por concepto de

auxilio no salarial para medios de transporte, y auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, son salario?, ¿el reajuste reconocido por la A Quo es dable extenderlo hasta cuando finalizó la relación laboral?, ¿opera la excepción de prescripción frente al reajuste de salarios frente a los aportes a pensión?, ¿es factible considerar que el actuar del empleador se enmarcó en el principio de la buena fe para no condenar por concepto de sanción moratoria?, ¿y es posible ajustar el valor de las costas y/o agencias en derecho en esta instancia?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Contrato de Trabajo y de los Convenios de Asociación a Cooperativas de Trabajo Asociado.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por su parte, CSJ Rad. 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017 ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Por otra parte, el convenio de asociación encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe

legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado, tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

De la normatividad señalada, se concluye entonces que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, -salvo las excepciones autorizadas por ley- y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de *trabajadores y gestores* de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular, de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la

actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, lo que desata la consecuencia jurídica también dispuesta en dicha normativa según la cual, cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra acreditado en juicio:

i) La constitución de C.T.A. Talentum el 08 de marzo de 2004 (fls. 40 a 77 del archivo 01);

ii) La presentación de ofertas mercantiles el 01 de mayo de 2004 y el 30 de julio de 2008 de C.T.A. Talentum a SALUD TOTAL E.P.S., en esta última se estableció que era para el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, comercial y jurídico, y de sus subprocesos y conexos requeridos, y que los procesos que manejara a nivel asistencial tienen que ver con la prestación de servicios de salud contemplados en el P.O.S., a nivel operativo, cuentas de recobro, auditorías e inventarios, a nivel comercial, promoción y venta de productos y servicios derivados del proceso de afiliación, y a nivel jurídico, prevención, protección y defensa de los derechos e intereses de la E.P.S. (fls. 44 a 58 del archivo 01);

iii) La celebración de un contrato entre SALUD TOTAL E.P.S. y C.T.A. Talentum, que tiene por objeto que la E.P.S. a título de comodato precario entregue muebles que son de su propiedad, para el manejo y administración de los subprocesos asistencia, operativo, comercial y jurídico de la aceptación de la oferta mercantil del 30 de julio de 2008; el que terminó el 31 de enero de 2014 (fls. 598 a 606 del archivo 01);

iv) La terminación por mutuo acuerdo y la liquidación del contrato de trabajo de la actora con C.T.A. Talentum, en la que consta que inició a laborar el 17 de mayo de 2006, que esta finalizó el 13 de enero de 2014, y que su cargo era el de Asesor Profesional (fls. 143 a 145 a del archivo 01);

v) El inicio de labores con GOLD RH S.A.S. el 14 de enero de 2014 en el cargo de Asesor Profesional, y que finalizaron el 02 de abril de 2018; (fls. 158, 159 y 165 a 172 del archivo 01);

vi) La celebración de un acta de formalización laboral el 09 de mayo de 2014 entre SALUD TOTAL E.P.S., GOLD RH S.A.S., Medicall Talento Humano S.A.S., y la Unidad de Investigaciones Especiales del Ministerio de Trabajo en la que se determinó que los trabadores que estaban prestando sus servicios con C.T.A. Talentum debían vincularse a una de las anteriores empresas, directamente (fls. 360 a 371 del archivo 01);

vii) La celebración de un contrato de mandato entre SALUD TOTAL E.P.S. y GOLD RH S.A.S., mediante la que se dispuso que esta debía promocionar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social Salud, conforme al proceso comercial que la E.P.S. le confería; que debía estudiar el mercado, realizar actividades de comunicación, promoción y venta de productos y servicios derivados del mencionado sistema, entre otros, con el fin de satisfacer las necesidades y deseos de los usuarios y ofrecer a todos los clientes el portafolio de servicios de salud de SALUD TOTAL E.P.S. S.A, a través de personas-capacitadas e idóneas, en el proceso de comercialización, respetando siempre el derecho de libre escogencia que le asiste a cada afiliado, o potencial afiliado individualmente considerado (fls. 461 a 475 del archivo 01); y

Así y, de conformidad con los elementos probatorios aludidos, es claro que el demandante fue vinculado el 17 de mayo de 2006 con la C.T.A. Talentum como Asesor Profesional, sin embargo, y según lo señalado por la testigo Clara Milena Riomaña Aya durante dicha relación la accionante desempeñó sus laborales como ejecutiva comercial, realizaba afiliaciones para SALUD TOTAL E.P.S, visitando empresas que se encontraba en el portafolio empresarial de esta, ofrecía brigadas de salud, afiliaciones a E.P.S

y planes complementarios, portaban uniforme de SALUD TOTAL E.P.S., los premios que les daban eran a nombre de la E.P.S., y el Gerente de Cuenta era quien verificaba el cumplimiento de metas de la demandante en cuanto a las afiliaciones que realizaba a SALUD TOTAL E.P.S en el mes; testigo que se estudió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin que se encontrara contradicciones en su declaración, por lo que a juicio de la Sala es fidedigno.

Con base en las pruebas hasta aquí analizadas, se verifica que existió una prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de SALUD TOTAL E.P.S. Por ende, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, la Sala se adentrará a analizar la situación particular del trabajador, y de evidenciarse que se usó direccionamientos para encubrir un verdadero contrato de trabajo, se impone la declaración de este último, debiendo entonces la pasiva desvirtuar que ejerció algún tipo de acto de subordinación, recuérdese que el papel de la cooperada es al mismo tiempo el de trabajadora y socia.

En ese orden, se verificará si SALUD TOTAL E.P.S actuó en realidad como empleadora, para lo cual tendrá en cuenta que según los lineamientos de la Ley 79 de 1988 y sus Decretos Reglamentarios 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011, la Cooperativa puede, en atención a su facultad de autogobierno, establecer como normas sociales en sus estatutos, el direccionamiento del servicio mediante horarios y controles correccionales.

Valga además señalar que, las normas antes reseñadas prohíben la desnaturalización del trabajo asociado y la prohibición de las cooperativas para actuar como empresas de servicios temporales, no obstante, de presentarse tal escenario, la consecuencia sería considerar al trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se benefició con su trabajo; en este asunto, SALUD TOTAL E.P.S. de conformidad con los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006.

Así las cosas, se encuentra que las acciones desplegadas por SALUD TOTAL E.P.S. no fueron las de un mero coordinador, pues según lo dicho por la testigo Clara Milena Riomaña Aya, dicha entidad ejercía un direccionamiento a través de la supervisión y control de su personal, por demás que, no se logró desvirtuar el aludido elemento de la subordinación, pues la prueba allegada por la pasiva es insuficiente para arribar a tal conclusión, ya que, de la documental no se extrae que las labores ejecutadas por el actor hubieran sido autónomas ni mucho menos que su rol hubiese sido el de un mero cooperado, nótese como no se acredita la participación democrática de la actora en asambleas, capacitaciones en cooperativismo, así como tampoco que la C.T.A. prestara sus servicios con sus propios medios e instrumentos, pues para ello celebró un contrato de comodato con SALUD TOTAL E.P.S. por demás que las razones que precisamente llevaron a buscar una formalización de los trabajadores por parte de SALUD TOTAL E.P.S. fue precisamente la existencia de actividades misionales que eran prestadas por la cooperativa, aspecto que estaba expresamente prohibido por la ley.

Por las razones aludidas, el testimonio de Henry Ladino Díaz resulta insuficiente para establecer el elemento de la subordinación, pues si bien señaló que a la demandante se le realizaban recordatorios de deberes y llamados de atención por parte de la C.T.A., y que cuando se hacía esto la demandante era notificada y contestaba directamente a C.T.A., lo cierto es que los presupuestos narrados no permiten colegir la autonomía del trabajador demandante y de la calidad de autogestionaria de la C.T.A. a la que pertenecía, máxime si se tiene en cuenta que dicho testigo ostentó la condición de Gerente de Medica!l Talento Humano S.A.S. –empresa que también hizo parte del acuerdo de formalización laboral referido- y fue liquidador de C.T.A. Talentum.

Así las cosas, se considera que el tiempo que la actora prestó sus servicios con C.T.A. Talentum su verdadero empleador fue SALUD TOTAL E.P.S., y que la primera fue una mera intermediaria, por lo que se procederá a verificar si es posible establecer la existencia de un único contrato, pues desde el 14 de julio de 2016, la actora se vinculó con GOLD RH S.A.S.

De la Posibilidad de Declarar un Único Contrato de Trabajo.

Como quedo visto, el 14 de enero de 2014, la actora empezó a laborar al servicio en GOLD RH S.A.S. en el cargo de Asesor Profesional; cargo en el que desarrollaba las funciones de asegurar la promoción de los productos de SALUD TOTAL E.P.S. en los mercados objetivos definidos en el panel de empresas, e identificados en el mercado natural de las zonas de georreferenciación con el fin de garantizar la afiliación de la población que cumple con las características para que la afiliación sea efectivo; asegurar las afiliaciones efectivas de nuevos usuarios microsegmentación del mercado con el fin de garantizar el crecimiento del mercado, disminución de la siniestralidad y el mejoramiento del acceso a los servicios de SALUD TOTAL E.P.S. por parte de los usuarios; asegurar el recaudo efectivo de aportes con el fin de facilitar el acceso al servicio de los usuarios y el ingreso de la compañía; asegurar la adquisición y aplicación de los conocimientos necesarios en su cargo, de acuerdo al programa de capacitación y desarrollo y el modelo de atención y ventas para satisfacer las necesidades del usuario y optimizar los recursos de la organización; todas aquellas asignadas por su jefe inmediato; y velar, conocer aplicar y cumplir todas las políticas, procedimientos e instructivos de la empresa, incluido el aseguramiento de cualquier sistema de gestión o norma de certificación que aplique (fls. 158, 159 y 165 a 172 del archivo 01);

En ese orden de ideas, y de conformidad con lo dispuesto en CSJ SL1430-2018, sentencia que versa sobre un caso similar con la misma demandada, en las que se señaló que el acervo probatorio dejaba *“al descubierto el entramado jurídico que planeó Salud Total S.A. EPS desde el mismo momento en que quiso dar apariencia de legalidad a la terminación del contrato de trabajo bajo la figura de la conciliación, como prerrequisito para continuar con la prestación de los servicios pero en el marco de un disfrazado convenio asociativo, cuyo fin único era ocultar la existencia de un verdadero contrato de trabajo y, con ello, eludir la carga prestacional y demás obligaciones previstas en las leyes sociales del trabajo”*.

En este caso, el contrato con C.T.A. Talentum finiquitó a través de un presunto mutuo acuerdo celebrado entre las partes, sin embargo, lo cierto

es que la demandante en el contrato con GOLD RH S.A.S. siguió desarrollando las mismas funciones para las que se había sido vinculada con la cooperativa al servicio de SALUD TOTAL E.P.S., no hubo solución de continuidad, y la actora desarrolló las actividades comerciales-especialmente en afiliaciones- de la E.P.S., las que son del giro permanente de las E.P.S., ya que guardan relación con una de sus tareas ordinarias.

En efecto, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 establece que *“Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley”*.; asimismo, en el Decreto 2385 de 2015 referente a las reglas de unificación de afiliación en salud se observa el rol fundamental de la E.P.S. en dicho proceso, pues es quien realiza el aseguramiento y quienes deben garantizar la prestación de tal servicio.

En tal sentido, la aludida testigo Clara Milena Riomaña Aya fue clara en señalar que la condición de SALUD TOTAL E.P.S para seguir desarrollando sus labores como asesoras comerciales era que tenían que hacer el cambio correspondiente a GOLD RH S.A.S., y que lo único que cambio fue que los pagos ya no los hacía C.T.A. Talentum sino GOLDEN RH S.A.S., por lo que, era SALUD TOTAL E.P.S. quien según su dicho desplegaba todo el poder subordinante y la supervisión de las actividades que realizaba la demandante; por tanto, y dado que las condiciones de la actora fueron auténticas con la C.T.A., se encuentra acreditado que la vinculación con tal empresa no fue más que una fachada para disfrazar la existencia de un verdadera relación laboral con GOLD RH S.A.S.; vinculo en el que SALUD TOTAL E.P.S. tampoco logró desvirtuar el elemento de la subordinación, pues el único testigo que compareció de la pasiva, Henry Ladino Díaz resulta insuficiente para establecer el elemento de la subordinación, centró su dicho en la vinculación del actor con la C.T.A.

Por consiguiente, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se tiene que tanto C.T.A. Talentum como GOLDEN RH S.A.S. actuaron como simples intermediarias, como quiera que quien organizaba, controlaba y se beneficiaba de los servicios prestados por la demandante era SALUD TOTAL E.P.S., empresa que se comportaba como el verdadero empleador. En consecuencia, se **REVOCARÁ el numeral sexto**, en cuanto se ABSOLVIÓ a SALUD TOTAL E.P.S. de las pretensiones incoadas en su contra, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral séptimo** en cuanto se declararon probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de no debido, e inexistencia de la obligación formuladas por SALUD TOTAL E.P.S. y, se **REVOCARÁ el numeral primero** de la sentencia en cuanto se condenó como empleador a GOLD RH S.A.S., para en su lugar establecer que entre VIVIANA ALEXANDRA AGRAY VILLAMIL y SALUD TOTAL E.P.S. existió un contrato de trabajo entre el 17 de mayo de 2006 hasta el 04 de abril de 2008, en el que GOLDEN RH S.A.S. y C.T.A. Talentum obraron como medias intermediarias.

Al punto, se aclara que no es dable declarar **solidaridad**, como quiera que en las pretensiones principales únicamente se demandó como empleador a SALUD TOTAL E.P.S., y no se petitionó la aludida solidaridad a cargo de GOLDEN RH S.A.S., y esta corporación no posee facultades *ultra y extra petita*.

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de CSJ Rad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJ Rad. 40509 03 de julio de 2013, CSJ Rad. 4369609 de julio de 2014, CSJ SL865-2019,

y CSJ SL4866-2020, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que la juez de primera instancia tuvo que eran salario los valores pagados por concepto de auxilio no salarial para medios de transporte, y auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos.

Al respecto, encuentra la Sala que no se acreditó que dichos emolumentos fueran percibidos cuando la demandante laboraba para C.T.A. Talentum, pues si bien el artículo 9 del régimen de compensaciones de tal cooperativa establece que era posible que el asociado recibiera una compensación extraordinaria mensual, y el artículo 20 que se paga un auxilio denominado medios de transporte, por concepto de gastos en el transporte para realizar contactos, diligencias formularios, y para la diligenciar formularios de productos (fls. 129 a 142 del archivo 01), lo cierto es que no aparecen acreditados los correspondientes pagos por nómina, lo que imposibilitaría determinar su habitualidad, su calidad salarial, así como su posterior liquidación durante dicha contratación.

En cuanto a la vinculación con GOLD RH S.A.S. se allegó contrato de trabajo, en el que se verifica en las cláusulas tercera y cuarta que se

reconoce al trabajador el auxilio denominado “medios de transporte”, los que tienen como finalidad sufragar los gastos de transporte que en la gestión de afiliación efectiva realice la trabajadores, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; que se pagan por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente; que estos beneficios y/o auxilios mencionados no constituyen salario y que por lo tanto no se tienen en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo del empleador, y que el empleador se reserva la facultad de modificarlas o eliminarlas (fls. 165 a 172 del archivo 01); lo que es coincidente con la política de profesionalización y medios de transportes asesores visible a folios 50 a 61 del archivo 02.

Conforme a ello, es claro que los denominados medios de transporte si bien tienen como finalidad sufragar gastos de transporte en la gestión de afiliación efectiva que se realice los trabajadores, no es menos cierto, que según se establece en la misma cláusula tercera del contrato de trabajo, se pagaban por afiliación de cada cotizante, por demás que según la política de profesionalización y medios de transportes asesores se reconocía teniendo en cuenta el tipo de empresa donde se lograba tal afiliación de acuerdo a una tabla de metas; aspecto del que también dio cuenta el representante legal de GOLD RH S.A.S. quien manifestó que el pago por auxilio de transporte se realizaba no solo por la actividad del desplazamiento de pre venta sino también por actividades postventa como entrega de carnet, y carta de derechos y deberes, en suma, explicó que para la liquidación y pago del beneficio se tenían en cuenta todas las actividades y afiliaciones que cumplieran los correspondientes requisitos aludidos en la política referida.

Igualmente, la testigo Clara Milena Riomaña Aya, manifestó que dicho auxilio eran las comisiones de los trabajadores; que les pagaban por cada formulario de afiliación y usuario; que con ello no se sufragaban transportes, pues si tenían que visitar diez empresas en el día y cogían 20 buses, el valor de estas era su responsabilidad; que muchas veces les tocaba

asistir a las afueras de Bogotá y debían cubrir tales costos; que la liquidación de las comisiones se realizaba con el número de afiliaciones que le hacían a SALUD TOTAL E.P.S; que la liquidación no se hacía con base a los buses que se hubiese tomado o la gasolina que tuviera carro en el que se transportaron, funcionaba como una comisión por afiliación; y que se tenía que cumplir con un monto mínimo de afiliaciones al mes (120 afiliaciones) o formulario compensando ante la E.P.S. para lograr su pago.

Por tanto, se considera acertado tener tal rubro como salario, así como el correspondiente al auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, pues frente a este no se efectuó ningún pacto de exclusión no salarial expreso, por lo que, en tales condiciones es dable considerar su condición de salario.

Así las cosas, se procede a verificar hasta que fecha se debieron pagar tales conceptos, para lo cual se debe tener en cuenta que obra otro sí del contrato de trabajo celebrado con GOLD RH S.A.S. del 01 de noviembre de 2016 en el que se dispone que la remuneración estará constituida por la básica mensual, y una variable, constituida por comisiones, lo que tendría efectos a partir de la nómina de febrero de 2017 (fls. 160 a 164 del archivo 01), por lo que a partir de tal momento la forma de remunerar varió.

Por su parte, la demandante informó en interrogatorio de parte que una de las razones que la llevó a renunciar a GOLDEN RH S.A.S. fue, entre otras, los cambios que se presentaron, entre estos, el pago de medios de transporte que eran las comisiones por afiliaciones y del cual se empezó a cambiar sus condiciones.

Así mismo, de los comprobantes de nómina desde febrero de 2017 dan cuenta que a partir de dicho mes se dejaron de pagar los rubros referidos a auxilio no salarial para medios de transporte, y auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, y en su lugar, se pagaron comisiones (fls. 99 a 112 del archivo 02), por lo que, ciertamente a partir de tal momento no era dable tener tales rubros como salario; misma conclusión a la que arribo la A Quo, quien según tabla de salarios anexa y visible en el archivo 14, reajustó el salario únicamente hasta enero de 2017.

Dicho ello, y como quiera que dentro de la relación con C.T.A. Talentum no se logró acreditar el pago de los rubros en estudio como salario y, que con GOLDEN RH S.A.S. se pagaron hasta enero de 2017, era dable reajustar el salario desde que se demostró el pago de dichos emolumentos, estos desde la nómina de abril de 2014 hasta enero de 2017 (fls. 65 a 98 del archivo 02), y con ellos las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones durante dicho tiempo; no obstante, y al prosperar la prescripción de los valores causados con anterioridad al 23 de agosto de 2016 sin que dicho fenómeno hubiera sido objeto de impugnación por la parte actora con excepción a lo referente a aportes a pensión, no es dable efectuar modificaciones en tal sentido.

Pese a lo dicho, se **REVOCARÁ el numeral segundo** de la sentencia en cuanto que las condenas que se impusieron lo fueron a cargo de GOLD RH S.A.S., para en su lugar, establecer que las condenas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, están a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. como empleador.

Reliquidación de aportes a pensión.

Ciertamente, CSJ SL8544-2016 reiterada en CSJ SL531-2020 ha establecido que acciones tendientes a reajustar la base de cotización de los trabajadores por inclusión de factores salariales son imprescriptibles, por cuanto están íntimamente ligados con el derecho pensional.

Así mismo, CSJ SL568-2023 en cita Rad. 21798 del 09 de agosto de 2006, CSJ SL941-2018 y CSJ SL2876-2022 ha reajustado los aportes a pensión, considerando que las diferencias resultantes no son objeto de prescripción, y ordenando que dicha cancelación debe efectuarse a satisfacción del ente pensional al que se encuentre afiliado el trabajador; razonamiento similar que puede observarse en CSJ SL2809-2022 en un caso de nivelación salarial.

Así las cosas, es dable el reconocimiento de las diferencias salariales frente al pago de los aportes a pensión, desde la fecha que se acreditó que eran salario el auxilio no salarial para medios de transporte y el auxilio no

salarial reconocimiento de equipos productivos, esto es, desde la nómina de abril de 2014 hasta enero de 2017 (fls. 65 a 98 del archivo 02); por tanto, y dado que tales valores ya fueron incluidos en el archivo excel visible en el archivo 14, y que se ordenó en el numeral tercero de la sentencia reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones durante los meses que en vigencia del contrato cotizó con un salario inferior al devengado, teniendo en cuenta los salarios que se relacionaron en el archivo excel, no se hace necesario su modificación en tal sentido; no obstante, se **REVOCARÁ tal numeral**, en cuanto dicha condena se fijó a cargo de GOLD RH S.A.S., para en su lugar establecer que dicha condena está a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. como empleador.

Sanciones Moratorias.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones moratorias, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que SALUD TOTAL

E.P.S. si bien acudió al Ministerio del Trabajo para regular la situación de los trabajadores que tenía con C.T.A. Talentum, lo cierto es que la condena que se impone no sólo tiene su génesis en un indebido uso de una tercerización, sino también en la falta de inclusión de valores que constituían salario en la liquidación de prestaciones sociales; aspecto del que no se puede colegir buena fe, como quiera que incluso se le dio una denominación de medios de transporte, cuando lo que se pagaba en estricto sentido ni siquiera correspondía a los transportes que usaban sus trabajadores para transportarse o al valor de la gasolina del vehículo en que se transportaban, sino a la cantidad de afiliaciones que se realizaran en ejercicio de sus funciones de conformidad con el tipo de empresa y metas.

De esta manera, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera acertada la imposición de la sanción moratoria; no obstante, se hace necesario la **REVOCAR los numerales cuarto y quinto**, en cuanto se impuso tales sanciones a cargo de GOLD RH S.A.S., para en su lugar establecer que las sanciones aludidas están a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. como empleador.

Costas. Agencias en Derecho.

En cuanto a los reparos expuestos por la demandada frente a las costas, y en específico frente al **valor de las agencias en derecho**, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. No se imponen a GOLD RH S.A.S. por cuanto no resultó vencido ni condenado en el proceso.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR el numeral sexto y PARCIALMENTE el numeral séptimo** en cuanto se declararon probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de no debido, e inexistencia de la obligación formuladas por SALUD TOTAL E.P.S.

SEGUNDO. –**REVOCAR el numeral primero** de la sentencia. En su lugar, se DECLARA que entre VIVIANA ALEXANDRA AGRAY VILLAMIL y SALUD TOTAL E.P.S. existió un contrato de trabajo entre el 17 de mayo de 2006 hasta el 04 de abril de 2008, en el que GOLDEN RH S.A.S. y C.T.A. Talentum obraron como meras intermediarias.

TERCERO. –. **REVOCAR PARCIALMENTE los numerales segundo, tercero, cuarto, y quinto,** en cuanto se impuso condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías a GOLD RH S.A.S., para en su lugar, establecer que quién debe asumir tales condenas es SALUD TOTAL E.P.S. como verdadero empleador de VIVIANA ALEXANDRA AGRAY VILLAMIL.

CUARTO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

QUINTO. –. Costas en ambas instancias a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. Sin costas para GOLD RH S.A.S.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00541 -01.

Demandante: **VIVIANA ALEXANDRA AGRAY VILLAMIL.**

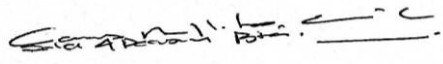
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S. Y GOLD RH S.A.S.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00602 -01.

Demandante: **MÓNICA SABOGAL FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

AUTO

NO ACEPTAR la renuncia de poder elevada el 18 de mayo de 2023 por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con la C.C. 1.037.639.320 de Envigado y T.P. 288.820 del C.S. de la j. como apoderada de COLPENSIONES, como quiera que no allegó comunicación enviada a su poderdante en la que pusiere en conocimiento la renuncia al mandato concedido, conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MÓNICA SABOGAL FORERO y PORVENIR S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que la primera recurrente adelanta contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y la segunda recurrente.

Demandante: **MÓNICA SABOGAL FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia- en subsidio la inexistencia- de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, así como sus traslados posteriores dentro de este régimen. Como consecuencia de lo anterior, que los fondos privados trasladen la totalidad de los aportes y rendimientos recibidos con ocasión de la afiliación a COLPENSIONES, que esta reactive su afiliación en el régimen de prima media, y que se reconozcan perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** (archivos 14 y 21 de la carpeta 01, y archivo 09) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al R.A.I.S. efectuado el 12 de agosto de 1998 con efectividad a partir del 01 de octubre de 1998 a través de la A.F.P. Davivir hoy PROTECCIÓN, por ende se tendrá como si dicho traslado nunca hubiere ocurrido.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que hubiere podido recibir con motivo de la afiliación de la demandante y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos,

Demandante: **MÓNICA SABOGAL FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

comisiones, y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada con cargo a sus propios recursos discriminados con los respectivos valores y con el detalle de pagos pormenorizado de los ciclos aporte pagado.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que se hubieren generado como consecuencia de la administración de los aportes de la demandante en el periodo en que ella estuvo afiliada a dicha A.F.P., esto es, el comprendido entre el 26 de agosto de 1999 el 27 de junio de 2001, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses si los hubiere; dinero que deberán ser trasladada de forma indexada y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir tanto de PROTECCIÓN S.A. como de PORVENIR S.A. todos los emolumentos mencionados en los numerales anteriores para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante, y proceder a realizar los trámites administrativos pertinentes para efectos de que poderse ver los valores reflejados en la historia laboral de la actora con la respectiva imputación de pagos.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

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

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a favor de la demandante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un SMLMV a cargo de cada una.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que resultaba factible la condena en costas a COLPENSIONES, ya que estas corren a cargo de la parte vencida en juicio, por lo que estas se debieron imponer a cargo de tal entidad, por demás que se opuso a las pretensiones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** expuso que según criterio de la Corte Suprema de Justicia el precedente no se puede aplicar de forma homogénea a todos los casos, pues debe haber una similitud en estos, sin embargo en este la actora conocía las consecuencias de su afiliación, y se brindó una reasesoría en donde se elaboró una proyección pensional; que si bien existía el deber de información, para la época únicamente era necesario que esta fuera brindada sin ningún tipo de formalidad, asesoría que se encuentra plasmada en el formulario de afiliación; que la demandante podía indagar sobre las consecuencias de su traslado, pues sería lo que le permitiría acceder a un mejor derecho pensional; que trasladar a gastos de administración despoja al fondo de valores pese a que tuvo una debida diligencia con los aportes de la actora, además se estaría avalando un enriquecimiento sin causa, pues con ellos se generó rentabilidad, no siendo

dable desconocer esta gestión; que un porcentaje de los aportes está destinado a cubrir primas previsionales, y estos fueron destinados a la aseguradora; que en suma dichos rubros fueron descontados en virtud de una orden legal; y que no es dable reconocer indexación, pues los rendimientos financieros generaron una compensación, de modo que cualquier cubrimiento adicional ya se encuentra incluidos en estos valores.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores efectuados dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 03 de abril de 1992 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en expediente administrativo visible en la subcarpeta 15 de la carpeta 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de agosto de 1998 (fl.31 del archivo 09).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 31 del archivo 09 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 12 de agosto de 1998 con la A.F.P. Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Sabogal Forero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de agosto de 1998) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que se afilió porque debía suscribir el formulario con A.F.P. Davivir Pensiones y Cesantías para poder laborar en la empresa donde prestaba sus servicios, sin que ningún tipo de asesor se acercara a brindar información; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Aunado a ello, se encuentra que si bien el 16 de junio de 2010, PROTECCIÓN S.A. simuló la liquidación de la pensión e informó su valor en el fondo privado así como en COLPENSIONES (fls.67 y 68 del archivo 09), lo cierto es que de dicho documento no se lograr extraer que se informara de las características de cada uno de los regímenes, ventajas y desventajas, que permitiera a la actora tomar una decisión para retornar al régimen de prima media, por demás que tampoco suple la obligación primigenia que tenía A.F.P. Davivir Pensiones y Cesantías de cumplir con el deber de información al momento del traslado de régimen. Al punto, se rememora en cuanto a los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,

que CSJ SL1688-2019 ha expuesto que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la A.F.P. al momento del traslado.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 26 de agosto de 1999 (fl.4 del archivo 02), y a PROTECCIÓN S.A. el 10 de julio de 2001 (fl.5 del archivo 02), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía A.F.P. Davivir Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. de haberle brindado en el año 1998 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien ordenó que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se deben pagar cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, se hace necesario incluir el capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente indexados.

Por las mismas razones expuestas, se considera acertado que PORVENIR S.A. asuma los valores por concepto de gastos de administración, seguros previsionales debidamente indexados, no obstante, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** en el sentido de ADICIONAR que dentro de dichos rubros se deberá incluir el capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima.

Igualmente, se **DISPONDRA** que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Demandante: **MÓNICA SABOGAL FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLPENSIONES, era dable a imposición. En consecuencia, se MODIFICARÁ el numeral séptimo a fin de establecer tal rubro a cargo de COLPENSIONES.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y seguros

Demandante: **MÓNICA SABOGAL FORERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

previsionales, debe devolver los valores recibidos por concepto de **capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente indexados.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de gastos de administración y seguros previsionales, debe devolver los valores recibidos por concepto de **capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente indexados.

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

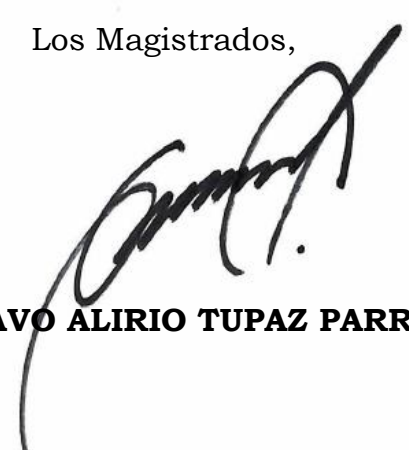
TERCERO. – **MODIFICAR el numeral séptimo** en el sentido de ADICIONAR que también se imponen costas a cargo de COLPENSIONES.

CUARTO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

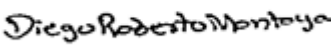
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

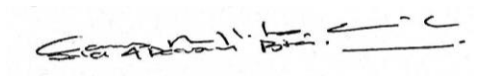


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-016-2019-00602 -01.
Demandante: **MÓNICA SABOGAL FORERO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **PATRICIA JOYA DURÁN** adelanta contra **ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo y, que la relación laboral finalizó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, pretende cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 16 de enero de 2017 fue vinculada con ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S. mediante contrato a término fijo de un año, pactándose un salario de \$737.717 más auxilio de \$684.000; **2)** El 30 de octubre de 2017 se le entregó

liquidación de su contrato de trabajo con base en un retiro voluntario, siguió laborando; actuar que se reiteró el 30 de octubre de 2018, periodo en el que laboró hasta diciembre de tal anualidad, saliendo a vacaciones a final de año; y **3)** El 30 de enero de 2019 se le dio por finalizado su contrato de trabajo sin preaviso.

2. Respuesta a la Demanda.

ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de compensación (fls. 194 a 225 del archivo 01).

Aceptó la relación laboral que sostuvo con el actor; que esta inició el 16 de enero de 2017; y que la actora siguió prestando sus servicios luego de octubre de 2017.

Adujo que el contrato de trabajo lo fue a término fijo y por un periodo inicialmente pactado del 16 de enero al 30 de diciembre de 2017; que el auxilio de \$684.000 se pagaba de mera liberalidad; que dicha relación finalizó en diciembre, sin embargo, como error de digitación se estableció como fecha de liquidación octubre de 2017, con lo que se quiere hacer incurrir al Despacho en error; que se celebró nuevo contrato verbal el 22 de enero de 2018, el cual terminó el 30 de diciembre de 2018; que en la liquidación de dicho contrato por error de digitación se colocó octubre de 2018; y que pagó oportunamente prestaciones sociales y vacaciones.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y ENVIOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual estuvo vigente y se prorrogó entre el 16 de enero de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a ENVIOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la demandante, el valor de la indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, en la suma de \$15.512.116;

TERCERO: CONDENAR a ENVIOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S, a reconocer y pagar a favor de la demandante, el valor de las vacaciones correspondientes al año 2017,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00684 -01.

Demandante: **PATRICIA JOYA DURÁN.**

Demandado: **ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S.**

en la suma de \$373.981; monto que deberá pagarse debidamente indexado al momento de haberse efectivo su pago.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda incoadas por la parte actora en su contra.

QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE probadas las excepciones formuladas por la demandada denominadas PAGO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, y no probadas las demás.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 a favor de la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que el 16 de enero de 2017 se celebró un contrato de trabajo a término fijo, el que tenía como fecha de finalización el 30 de diciembre de 2017; que no obra preaviso por lo que es dable entender que el contrato se extendió por un periodo igual, esto es, hasta el 15 de noviembre de 2018; que no obra preaviso de dicho contrato, por lo que al darse por terminado el contrato hay lugar a indemnización por despido sin justa causa; que si bien obra renuncia de la trabajadora de octubre de 2018, lo cierto es que esta siguió laborando a su servicio, por lo que, en virtud del principio de la primacía de la realidad es dable considerar que su contrato continuó; que dicha indemnización se liquida teniendo en cuenta los salarios que debieron haberse pagados, esto es, hasta el 31 de octubre de 2019, no obstante, al reconocerse salarios hasta diciembre de 2018 se compensaran estos pagos; que el concepto denominado auxilio es habitual y constante en cada anualidad, y por valor de \$684.000, por lo que se tendrá como salario ante su habitualidad; que se acreditó el pago de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, no siendo así con las vacaciones, puesto que no se acreditó el pago de este rubro por 2017; que las condenas se deben pagar debidamente indexadas; y que no se impone sanción moratoria, dado que no se impuso condena por concepto de salarios y prestaciones sociales.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que el salario para liquidar la indemnización por despido sin justa causa es errado, como quiera que se debe observar que el salario es superior al que la juez señaló, pues para 2018 la suma \$782.242 y el auxilio \$684.000.

Por su parte, **ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S.** adujo que tal y como se demostró siempre canceló los salarios, prestaciones sociales y vacaciones, por ende, no es dable efectuar su reconocimiento, específicamente de las vacaciones; que se incluyó un auxilio que no fue pretendido y que no era constitutivo de salario, por demás que se estableció tal carácter conforme al artículo 128 del C.S.T.; que para 2018 el contrato de trabajo terminó de mutuo acuerdo, por demás que la empresa se encontraba en una situación financiera demasiado complicada, luego entonces finiquitó el contrato por esta razón, pagando en término las prestaciones sociales, y salarios, debidos, de manera que es dable colegir su actuar de buena fe; y que por lo anterior, no es dable reconocer la sanción del artículo 64 del C.S.T.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio era posible establecer tener como factor salarial el concepto denominado “auxilio”? ¿se acreditó el pago de las vacaciones de 2017?, ¿se incurrió en justa causa de terminación del contrato de trabajo?, y ¿se liquidó en debida forma la indemnización por despido sin justa causa?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Facultades ultra y extra *petita*.

En materia laboral, el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra *petita*; no obstante, dicha facultad únicamente la delegó en el juzgador de única y de primera instancia, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

Descendiendo al caso en concreto, para la Sala es claro que dentro de las pretensiones de la demanda en ningún momento se incluyó que el concepto denominado “auxilio” fuera tenido en cuenta como salario; no obstante, en el hecho tercero de la demanda se señaló que el salario pactado correspondía a la suma de \$737.717 más un auxilio de \$684.000 (fl.119 del archivo 01), respecto de lo que contestó la demandada que este se pagaba de mera liberalidad y que por ello no era constitutivo de salario (fl.196 del archivo 01), por manera que se pese a que no se pretendió expresamente sí fue objeto de discusión y, por ende el A Quo podía ordenar su reconocimiento conforme a las facultades en estudio, siempre y cuando se encontrara debidamente probada, por lo que, se procede a estudiar esta última circunstancia.

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del*

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”.

Es criterio de CSJ Rad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJ Rad. 40509 03 de julio de 2013, CSJ Rad. 4369609 de julio de 2014, CSJ SL865-2019, y CSJ SL4866-2020, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que la juez de primera instancia tuvo que era salario el concepto denominado “auxilio”. Al respecto, encuentra la Sala que se allegó contrato de trabajo, en el que se verifica en el párrafo primero de la cláusula segunda que si el trabajador recibiere o llegare a recibir una suma de dinero o beneficio en dinero o en especie en adición a su salario, sea habitual y ocasional, conforme al artículo 128 del C.S.T. se tendrá como no salarial (fls. 91 a 96 del archivo 01). Por tanto, es claro que no existe una cláusula de exclusión salarial frente al concepto denominado “auxilio”, pues en ningún momento se determinó expresamente su exclusión, pues la obrante en el contrato es genérica y no contempla ningún tipo de beneficio o auxilio en específico; recuérdese que es indispensable que para que una cláusula de exclusión salarial sea tomada como tal, debe ser clara, precisa, detallada en los conceptos y expresa, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, ni “vía

interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto” (CSJ SL1798-2018 reiterada en CSJ SL5159-2018 y CSJ SL4608-2019).

De esta manera, y como quiera que el pago de tal “auxilio” era habitual, tal y como se desprende de los comprobantes de pago visibles a folios 30 a 85 del archivo 01, resulta acertado tener tal rubro como salario, por lo que tal circunstancia se confirmará.

Vacaciones adeudadas.

Resultado de la existencia de una relación laboral es su consecuente pago de los derechos mínimos e irrenunciables que surgen de tal vinculación, como lo es el pago de prestaciones sociales y vacaciones; siendo carga del empleador acreditar su reconocimiento.

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto. Por tanto, ante la falta de documental que permita establecer el reconocimiento en estudio, no queda otro camino que confirmar la condena impuesta ante la ausencia de pruebas que den cuenta de tal pago; nótese como la liquidación de 2017 visible a folio 28 del archivo 01, contiene frente a tal acreencia un pago de \$0.

Indemnización por Despido Sin Justa Causa y Liquidación.

El contrato de trabajo a término fijo es aquel en que las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de tres años, pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes. Asimismo, este contrato en los términos del artículo 46 del C.S.T., requiere que dicho pacto conste por escrito (CSJ SL3718-2021).

De igual manera, el contrato a término fijo finaliza por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito

su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; y que cuando el contrato de trabajo es inferior a un año, únicamente se puede prorrogar por tres periodos con un término igual o inferior al inicialmente pactado, de manera que, una vez superadas tales prórrogas, la renovación no puede ser inferior a un año, según lo dispuesto por el artículo 46 del C.S.T.

En relación con el preaviso recuérdese que este es como una confirmación de la terminación del contrato, pues si bien se conoce previamente la fecha en que se termina, la ley exige que mediante un preaviso se confirme la decisión de no renovarlo y de notificar a la otra parte, requisito que constituye un derecho mínimo a favor del trabajador.

En ese orden de ideas, se resalta que el preaviso *“por los especiales e importantes efectos que tiene la referida comunicación, es necesario que se exprese por escrito y, lo más importante, que contenga clara e inequívocamente la mencionada «...determinación de no prorrogar el contrato...», pues, como ya se dijo, cualquier silencio, vacío o duda al respecto lo transforma la ley en una prórroga automática o tácita reconducción del vínculo laboral”*. (CSJ SL2084-2019).

En todo caso, habrá de decirse que en materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual y *“a la luz de la jurisprudencia, lo que importa no es la forma como se elaboró o se firmó, o se acordó una relación sino cómo se desarrolla”* (CSJ SL329-2020), de modo que, si en la ejecución de un contrato de trabajo se celebran actos entre las partes que en la realidad no se llevaron a cabo, como lo sería un preaviso que no surtió efectos o presuntas liquidaciones voluntarias sin que el servicio se hubiere dejado de prestar, conforme al principio en estudio primará la realidad sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

De esta manera, en el caso se encuentra que no obra ningún preaviso, las liquidaciones de los contratos de 2016, 2017 y 2018 señalan que la relación laboral finiquitó de forma voluntaria al igual que los paz y salvo allegados al plenario (fls. 28, 29 33, 34, 56, 57, 69, y 79 del archivo 01); documentales que no permiten extraer que el contrato de trabajo en la realidad finalizara sino hasta el 30 de diciembre de 2018, por manera que se considera que le asiste razón a la A Quo al considerar que el contrato se extendió hasta tal fecha sin solución de continuidad, pues los documentos aludidos no pasaron de ser una mera formalidad, dado que tuvieron como causa de terminación una presunto retiro voluntario que en ningún momento se demostró.

De esta manera, y dado que el contrato de trabajo a término fijo se pactó del 16 de enero al 30 de diciembre de 2017, se tiene que tenía un tiempo de 11 meses y 15 días, por lo que, se prorrogó por primera vez hasta el 15 de diciembre de 2018, y por segunda vez, del 16 de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019.

Por tanto, y dado que el contrato se le dio terminación el 30 de diciembre de 2018, hay lugar al pago de los salarios dejados de percibir, al estarse frente a un contrato a término fijo, según las voces del inciso 3° del artículo 64 del C.S.T., esto es, del 01 de enero al 30 de noviembre de 2019.

Ahora, y para efectos de determinar el salario base para liquidar tal sanción, se debe tener en cuenta que ciertamente, el salario acreditado para 2018 fue la asignación básica que ascendía a la suma de \$781.242, así como el “auxilio” que correspondía a \$684.000 (fls. 30, 31 y 35 a 55 del archivo 01), por lo que se debió tener como salario la suma de \$1'465.242, y se debió pagar la suma de \$16'117.662.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer el valor aludido por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, se aclara que la sanción moratoria no se impuso por la A Quo, por lo que no hay lugar por sustracción de materia a conocer los argumentos presentados por la parte demandada al respecto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00684 -01.

Demandante: **PATRICIA JOYA DURÁN.**

Demandado: **ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización por despido sin justa causa se debe pagar la suma de \$16'117.662.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancias a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

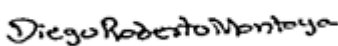


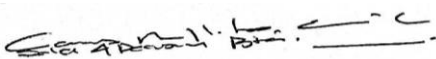
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00684 -01.

Demandante: **PATRICIA JOYA DURÁN.**

Demandado: **ENVÍOS EXPRESS BOGOTÁ S.A.S.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$500.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00818 -01.

Demandante: **LUZ ÁNGELA DAZA PACHÓN.**

Demandado: **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **las partes** contra la providencia que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 18 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ ÁNGELA DAZA PACHÓN** adelanta contra **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende la sustitución de la pensión que gozaba Camilo Cuervo González, en calidad de cónyuge superstite, desde el 09 de febrero de 2016, mesadas adicionales, indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Camilo Cuervo González falleció el 08 de febrero de 2016; **2)** Contrajo nupcias con el causante el 05 de enero de 1991; unión en la que se procrearon dos hijos, Erika Gissel y David Andrés Cuervo Daza, quienes son mayores de edad; **3)** Sostuvo una convivencia ininterrumpida con el causante hasta mediados de 1997, momento en el que tuvieron

Demandante: **LUZ ÁNGELA DAZA PACHÓN.**

Demandado: **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

interrupciones generados por la irresponsabilidad económica del causante, no obstante, en todo caso siguieron llevando una vida familiar normal junto con sus hijos; y **4)** El 17 de abril de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante la demandada objetó tal solicitud por cuanto no existía el tiempo de convivencia exigido en la norma, sin que tal circunstancia hubiere sido demostrada.

2. Respuesta a la Demanda.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que la demandante no acredita el requisito de convivencia de cinco años durante los últimos años de vida del causante, puesto que hubo una separación de cuerpos desde el 2005; y que lo dicho se encuentra sustentado en la investigación realizada por Global Investigaciones S.A.S.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., a reconocer y a pagar a la actora la sustitución pensional desde el 08 de febrero de 2016 con fecha de efectividad de la prestación el 17 de abril de 2016, en cuantía de un SMLMV.

SEGUNDO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., a pagar el retroactivo pensional a partir del 17 de febrero de 2016 hasta la fecha en la que se efectuó el correspondiente pago.

TERCERO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. al pago de los intereses moratorios, causados a partir del 18 de junio de 2019, sobre el retroactivo pensional a que haya lugar, hasta que se verifique el pago efectivo.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probada las demás excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que al fallecer el causante el 08 de febrero de 2016, la norma que rige la situación pensional es la Ley 797 de 2003; que el cónyuge separado de hecho puede acreditar cinco años

de convivencia en cualquier tiempo; que en juicio se acreditó con el acervo probatorio recaudado que la actora contrajo matrimonio el 05 de enero de 1991, que tuvieron dos hijos, y que convivió con el causante, por lo menos hasta 1997, fecha a partir de la cual se presentó separación de cuerpos; que por lo anterior, se encuentran acreditados los cinco años de convivencia aludidos; que al reclamarse el 17 de abril de 2019 operó el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas causadas con anterioridad al mismo mes y año de 2016; y que hay lugar a intereses moratorios desde el 18 de junio de 2019, dos meses después de haberse elevado la solicitud pensional.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que el monto de la pensión debe ser el mismo valor que se le venía reconociendo al causante.

Por su parte, **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** señaló que no se demostró convivencia durante los últimos años anteriores al fallecimiento del causante, pues entre 2011 y 2016 no se avizora tal convivencia; y que por lo anterior, no es dable condenar en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la actora como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge supérstite, Camilo Cuervo González pese a que no convivieron los últimos cinco años de vida de este? y, ¿es dable modificar el valor de la mesada pensional reconocida a favor de la demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Pensión de Sobrevivientes a Favor de Cónyuge Supérstite con Vínculo Matrimonial Vigente y Separación de Hecho.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Camilo Cuervo González -08 de febrero de 2016- (fl. 26 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Por otra parte, es necesario rememorar que CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del

18 de mayo de 2016 ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

En igual sentido, CSJ Rad. 45038 del 13 de marzo de 2012 adujo que el referente para determinar el derecho del cónyuge supérstite separado de hecho o de cuerpos a la pensión de sobrevivientes, es la subsistencia del vínculo matrimonial, es decir que no haya divorcio, *“por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho”* (CSJ SL480-2020, CSJ SL2335-2019, CSJ SL3505-2018, CSJ SL3405-2018, CSJ SL1399-2018, CSJ SL14498-2017, CSJ SL18068-2016); ello, siempre que se compruebe la convivencia entre los contrayentes durante el lapso y las condiciones que exige la ley.

Así mismo, CSJ SL359-2020 y CSJ SL966-2021 ha enseñado que al cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por ley demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Cuervo González falleció ostentando el estatus de pensionado (fls. 12 a 20 del archivo 03), y que LUZ ÁNGELA DAZA PACHÓN alega la calidad de cónyuge supérstite, por lo que debía acreditarse por lo menos cinco años de convivencia así sea en cualquier tiempo.

Al punto, se encuentra en la prueba documental, que la actora y el exánime contrajeron nupcias el 05 de enero de 1991, así como que tuvieron dos hijos Erika Gissel y David Andrés Cuervo Daza (fls. 29 a 35 del archivo 01). Asimismo, obra investigación realizada por Global Investigaciones S.A.S. por petición de la accionada, en la que se observa que la demandante convivió con el causante, según declaraciones de Erika Gissel Cuervo Daza,

Consuelo Cuervo de Silva, y Manuel Julián Cuervo Wilches desde que contrajeron nupcias hasta 1997, que hubo una separación de cuerpos desde tal data hasta 2003, que convivieron nuevamente entre 2003 y 2005, y que en esta última fecha se volvieron a separar, trasladando la actora con sus hijos su residencia en 2008 a Canadá (fls. 21 a 51 del archivo 03).

En igual sentido, comparecieron a juicio a rendir testimonio José Norberto Rivera y Orfilia Pachón De Daza, quien también dieron cuenta de una convivencia ininterrumpida entre la actora y el causante entre el 05 de enero de 1991 y mediados de 1997, e incluso del apoyo espiritual y afectivo que la actora continuó otorgándole a este durante su vejez.

Así las cosas, se encuentra acreditada una convivencia mínima de 5 años, 11 meses, y 26 días, por lo que se considera acertado el reconocimiento efectuado por el *A Quo* a favor de la accionante, por lo que en tal sentido se confirmará.

Valor de la Mesada Pensional.

Conforme a la relación detallada de pago de mesadas pagadas al causante visible a folios 15 a 20 del archivo 01, es factible colegir que el importe de la mesada que se le reconocía ascendía a un salario mínimo legal mensual vigente, mismo valor que adujo el juez de conocimiento, por lo que, se considera acertado la imposición de tal rubro como cuantía de la mesada pensional.

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00818 -01.

Demandante: **LUZ ÁNGELA DAZA PACHÓN.**

Demandado: **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

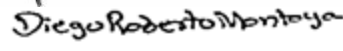
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

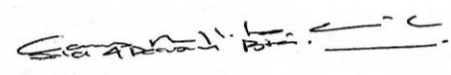
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2020-00036 -01.

Demandante: **IGNACIO UCROS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

AUTO

TÉNGASE como apoderado sustituto de COLPENSIONES al Dr. Michael Cortázar Camelo identificado con C.C. 1.032.435.292 de Bogotá y T.P. 289.256 del C.S.j., en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

La Sala decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por COLPENSIONES contra la providencia que el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **IGNACIO UCROS DÍAZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de su cuenta de ahorro

Demandante: **IGNACIO UCROS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

individual, incluidos bonos pensionales, rendimientos sin descontar valores por concepto de gastos administrativos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (archivos 10 y 13 de la carpeta 01) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor del RPM al RAIS, efectuado el 01 de diciembre de 2003 efectivo a partir del 01 de enero de 2004 a PROTECCIÓN S.A. Por ende, se tendrá como si dicho traslado no hubiere ocurrido.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que hubiere podido recibir por motivo de la afiliación del demandante en la cuenta de ahorro individual, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, así como los primas de seguros previsionales y a pensión de garantía mínima con todos sus frutos e intereses si los hubiere.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los emolumentos mencionados en el numeral anterior y efectuar los trámites administrativos para poder ver reflejados tales aportes en la historia laboral del actor con la respectiva imputación de pagos.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de a PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señala que la ineficacia genera consecuencias a la entidad; que el demandante tenía el deber de ilustrarse, fue negligente frente

al deber de información, por demás que no hizo uso del derecho de retracto; que no se puede dejar de lado el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, y la jurisprudencia constitucional en tal aspecto, pues se tendrá que asumir una pensión y el ahorro del actor no permitirá que se sufrague la prestación; y que el demandante no sólo se afilió, hubo una proyección donde se puso en conocimiento que no podría retornar al régimen de prima media.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PROTECCION S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de agosto de 1974 presenta aportes en tal régimen, según documental obrante en expediente administrativo visible en la carpeta 15; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCION S.A. el 01 de diciembre de 2003 (fl.9 del archivo 11).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Por otra parte, y en lo referente al derecho de retracto, CSJ SL1217-2021 indicó, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 9 del archivo 11 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de diciembre de 2003 con PROTECCION S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ucros Díaz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de diciembre de 2003) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al momento de tal traslado el asesor de PROTECCIÓN S.A. sólo le dijo que el I.S.S. se acabaría y que la mejor opción era este fondo; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Aunado a ello, se encuentra que al momento del traslado se simuló la liquidación de la pensión (fls.12 a 14 del archivo 11), lo cierto es que de

dicho documento no se lograr extraer que se hiciera un comparativo con la prestación que le sería otorgada en COLPENSIONES, por lo que para determinar que se cumplió el deber información dicho documento resultaría insuficiente.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, es acertada la decisión de la A Quo de ordenar el pago a cargo de PROTECCIÓN S.A. de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, así

Demandante: **IGNACIO UCROS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

como los primas de seguros previsionales y a pensión de garantía mínima; no obstante, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dichos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **IGNACIO UCROS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que los rubros que se condenan, esto es, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, así como las primas de seguros previsionales y a pensión de garantía mínima, se deberán pagar **debidamente indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

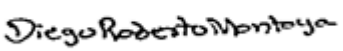
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

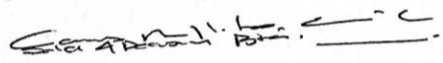
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00163 -01.

Demandante: **RAÚL ROLANDO MENDOZA RINCÓN.**

Demandado: **GESTIONES PROFESIONALES S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **RAÚL MENDOZA RINCÓN** adelanta contra **GESTIONES PROFESIONALES S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 01 de septiembre de 2016 al 17 de diciembre de 2019; que su salario era de \$5'460.000 conformado por sueldo, auxilio de rodamiento y comisiones; que se adeuda la suma de \$17'663.208 por concepto de comisiones de mayo a septiembre de 2019; y que la suma de \$1'119.500 por concepto de gastos de caja menor fueron debidamente justificados sin que a la fecha se hubieran cancelado a su favor. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a pensión y salud; sanción por no consignación de las cesantías en forma completa; sanción por no pago de

intereses a las cesantías; sanción moratoria; indemnización por despido sin justa causa; comisiones adeudadas; y gastos de caja menor.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 01 de septiembre de 2016 ingresó a laborar al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Coordinador de Cartera; **2)** Devengaba \$2'500.000, un auxilio de rodamiento por \$828.116, y comisiones a febrero de 2019 de \$2'960.000; **3)** Nunca se estableció que los anteriores rubros no constituían salario; **4)** Se pagó su seguridad social sobre el salario mínimo; **5)** El 17 de septiembre de 2019 cuando se encontraba departiendo con el Gerente, Javier Bastos, se presentó un altercado con él, el cual resultó en agresiones físicas y verbales, lo que hizo que terminara su amistad y, en consecuencia que a partir del día siguiente, no pudiera ingresar a la empresa, no siendo llamado a descargos ni se le iniciara proceso disciplinario; **6)** A la fecha no se le ha notificada la terminación de su contrato de trabajo, aduciéndose sólo hasta el 19 de diciembre de 2019 que el 17 de septiembre del mismo año finalizó la relación laboral; y **7)** El 08 de octubre de 2019 presentó petición, reclamando sus acreencias laborales, frente a lo que se adujo en la respuesta del 19 de diciembre de 2019 que la liquidación final se hizo sobre el salario mínimo, que el valor promedio de las comisiones de mayo a septiembre de 2019 corresponde a \$1'375.722.

2. Respuesta a la Demanda.

GESTIONES PROFESIONALES S.A.S se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 06).

Aceptó la relación laboral que sostuvo con el actor, extremos temporales y cargo; que esta inició el 16 de enero de 2017; el pago de auxilio de rodamiento y comisiones; el pago a seguridad social sobre el salario mínimo; y el altercado del 17 de septiembre de 2019, lo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo de forma inmediata.

Adujo que el contrato de trabajo finalizó por cuanto el demandante agredió verbalmente y físicamente al Gerente de la empresa, así como por el abandono del cargo desde el 17 de septiembre de 2019; que se estipuló entre las partes una asignación equivalente al salario mínimo; que el auxilio de rodamiento y las comisiones se pactó verbalmente su exclusión salarial, por demás que estas últimas eran variables y por mera liberalidad; que entre las partes existía un grado importante de confianza, motivo por el que gran parte de las decisiones sobre esta se tomaron de forma verbal; que el auxilio de rodamiento se pagaba para cubrir los desplazamientos que realizaba el actor en ejercicio de sus funciones; y que se pagaron oportunamente prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, las que en suma se liquidaron en debida forma.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor como trabajador, y GESTIONES PROFESIONALES S.A.S., existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de septiembre de 2016 al 30 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción, NO PROBADAS las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

TERCERO: CONDENAR a GESTIONES PROFESIONALES S.A.S., a pagar al demandante, los valores y conceptos que a continuación se enuncian: a) \$5'121.548 por reliquidación de auxilio de cesantías; b) \$290.423 por reliquidación de intereses de cesantías; c) \$4'356.353 por prima de servicios; d) \$2'679.083 por compensación de vacaciones; e) \$6'243.971 por indemnización por terminación de contrato sin justa causa; f) Indexación de los valores anteriormente relacionados, desde la fecha de terminación del contrato y hasta cuando sean cubiertos en su totalidad.

CUARTO: CONDENAR a GESTIONES PROFESIONALES S.A.S., a pagar, ante el fondo de pensiones y al régimen pensional al cual se encuentre afiliado el demandante, el reajuste del Ingreso Base de Cotización de los aportes a pensión, causados entre el 1° de septiembre de 2016 al 30 de septiembre de 2019, conforme los ingresos bases de cotización y para los ciclos antes relacionados en la parte considerativa de esta sentencia, y previo cálculo actuarial que expida la entidad administradora de fondos de pensiones respecto de ese reajuste o corrección del Ingreso Base de Cotización.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada en proporción de 80%, en firme la presente providencia, practíquese la liquidación e inclúyase agencias en derecho, por valor de \$2.500.00 M/Cte.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo, cargo y extremo inicial; que se allegó certificación que da cuenta que el actor laboró hasta el 17 de septiembre de 2019, no obstante, en comunicación del 30 del mismo mes y año, se estableció que la fecha feneció este día, sin que se acreditara prestación del servicio al 17 de diciembre de 2019; que conforme a extractos de nómina se pagó durante toda la relación laboral su salario básico, auxilio de rodamiento, y comisiones; que frente al auxilio de rodamiento y comisiones se tendrán como salario al ser recibidos como contraprestación de sus servicios, máxime si se tiene en cuenta que las últimas se pagaban por la gestión comercial desplegada por el actor; que por lo anterior, hay lugar a reajustar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión del actor; que operó la excepción de prescripción frente a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 08 de julio de 2017, pues se demandó el mismo día y mes de 2020; que se demostró el hecho del despido con la comunicación del 30 de septiembre de 2019, no obstante, este no se demostró, pues se comunicó que la razón del despido era un abandono del cargo y lo que se acreditó fue un altercado con el Gerente y Representante Legal donde hubo violencia tanto física como verbal; que no se imponen sanciones moratorias, ya que, el empleador consignó las cesantías que consideraba deber, efectuando el respectivo pago por consignación; que no se demostró la causación de comisiones de mayo a septiembre de 2019 para ordenar su reconocimiento, así como los gastos de caja menor, pues no se acreditó que el demandante hubiera sufragados estos; y que al existir desactualización monetaria de las condenas, es dable ordenar su indexación.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que las sanciones moratorias se deben reconocer, pues está acreditada la mala fe, ya que no se suscribió contrato por escrito, ni pactarse exclusión salarial frente al auxilio de rodamiento y comisiones, por demás que frente a estos no se tuvo intención de pago; que la demanda verse sobre una reliquidación, ello no impide que sea estudiada la buena fe, pues existe precisamente una falta de pago frente a unas diferencias al no tenerse en cuenta todos los factores de salario; y que existe prueba

documental para pagar comisiones y gastos de caja menor; y que los valores objeto de condena se deben reconocer también en lo atinente a salud.

Por su parte, **GESTIONES PROFESIONALES S.A.S.** adujo que en la carta de terminación se adujo que el contrato finalizó por causas imputables al trabajador al haber realizado actos de violencia verbal, por demás que el testigo dio cuenta de estos; que aunado a ello el 18 de septiembre de 2019, el actor se acerca manifestando su deseo de no seguir laborando y así fue, solicitando retirar sus pertenencias e integrando ingresar de forma agresiva; que se pagó el salario que se creía deber y por eso los aportes se hicieron sobre el mínimo legal, sin que se dable incluir comisiones y auxilio de rodamiento, pues el primero era esporádico y, por llevar clientes, los que únicamente fueron tres, y el segundo, era por transportes, de acuerdo a las diligencias que tuviera que hacer por fuera de la empresa; y que dichos conceptos se pactaron dentro de un lazo de amistad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es posible tener como salario los conceptos denominados auxilio de rodamiento y comisiones?, ¿se acreditó la causación de las comisiones de mayo a septiembre de 2019, así como de los valores pagados y que se

encuentran en el comprobante de caja menor?, ¿se incurrió en justa causa de terminación del contrato de trabajo?, ¿hay lugar a incluir condena por concepto de diferencias en aportes a salud? y ¿es factible reconocer sanciones moratorias?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de CSJ Rad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJ Rad. 40509 03 de julio de 2013, CSJ Rad. 4369609 de julio de 2014, CSJ SL865-2019, y CSJ SL4866-2020, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad

directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que el juez de primera instancia tuvo que era salario los conceptos denominados auxilio de rodamiento y comisiones. Al respecto, encuentra la Sala que no se allegó contrato de trabajo ni documento alguno en el que establezca la exclusión salarial de tales rubros, y por el contrario de los comprobantes de nómina visible a folios 20 a 43 del archivo 01 se avizora que dichos conceptos fueron pagados de forma habitual.

De esta manera, es dable tener tales rubros como salario, tal y como lo dispuso el A Quo, pues en suma a que era habituales y por ende era carga del empleador demostrar que no tenían como finalidad retribuir los servicios del trabajador, para que un concepto no sea contemplado como salario era indispensable que sea clara, precisa, detallada en los conceptos y expresa, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas ni *“vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto”* (CSJ SL1798-2018 reiterada en la CSJ SL5159-2018 y CSJ SL4608-2019).

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que según el dicho del testigo Germán Morales Ponce de León las comisiones se pagaban por conseguir clientes; misma circunstancia que narró el representante legal de la demandada quien adujo que se pagaban por la labor comercial que desplegara el actor; aspecto que permite reafirmar que este rubro correspondía a una retribución del servicio del actor. En consecuencia, se confirmará la sentencia en tal sentido.

Comisiones de mayo a septiembre de 2019.

Como quedo dicho en precedencia, el representante legal de la enjuiciada señaló que estas se pagaban por la labor comercial del actor, misma característica que señaló el demandante al rendir su interrogatorio

de parte, quien señaló que se pagaba por “aperturar clientes”, por lo que, para su reconocimiento era indispensable demostrar la cantidad de clientes a los que se dio apertura, para determinar su valor y la gestión que se realizó, no obstante, y contrario a ello, brilla por su ausencia prueba alguna que permita determinar tales exigencias, pues únicamente obra una relación de clientes sin ningún tipo de soporte de la gestión desplegada por el actor o de la facturación (fls. 47 y 49 a 52 del archivo 01), por lo que en tales condiciones no queda otro camino que confirmar la absolución impuesta.

Valores por Recibo de Caja Menor.

Ciertamente, cuando se pretende el reembolso de una suma, es deber en primer lugar acreditar el valor que se pagó; al respecto el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

En el caso, se allegó a folio 48 del archivo 01 una relación de valores que se adeudan por caja menor, no obstante, no se acreditó que el demandante hubiere efectuado el pago de cada uno de los elementos que allí se determinan con sus respectivos soportes, por lo que en tales condiciones se considera acertada la absolución por tales conceptos.

Diferencias Aportes a Salud.

En CSJ SL3009-2017, se tiene dicho que frente al hecho consumado de la falta de pago de las contingencias de salud, compensación familiar y riesgos laborales lo que resulta dable exigir es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por tal omisión por parte del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, no obstante, no se encuentra demostrado que por la falta de pago total del aporte a salud, el demandante hubiera tenido que sufragar algún valor por concepto de salud,

o asumido un mayor valor por concepto de cuotas moderadoras, por lo que, se considera en tal sentido la decisión del A Quo.

Despido Sin Justa Causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Igualmente, se hace necesario precisar que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que para establecer que, si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación la relación laboral, sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido (CSJ Rad. Rad. 6874 del 25 de octubre de 1994, CSJ Rad. 42358 del 02 de mayo de 2012, y CSJ SL2123-2020).

En el caso, se demostró que el contrato de trabajo entre las partes finiquitó según la comunicación del 30 de septiembre de 2019 por cuanto el demandante faltó al trabajo sin justa causa o sin permiso del empleador; el 18 de septiembre de 2019 informó su deseo de no continuar trabajo; y dicho día el actor solicitó sus pertenencias y ante la negativa decidió ir con la Policía Nacional y sin orden alguna se le entrega lo que solicita (fl.42 del archivo 06).

De esta manera, era necesario que se acreditaran tales causas, no obstante, en el plenario lo que se demostró es que entre el demandante y el Gerente y el demandante existió un altercado que generó la disolución del vínculo laboral, puesto que el 17 de septiembre de 2019 se agredieron física y verbalmente porque presuntamente el actor había sustraído clientes de la empresa para su beneficio, según señaló tanto el representante legal de la demandada, el demandante y el testigo Germán Morales Ponce de León quien señaló que presencié tal conflicto; por tanto, y dado que esta circunstancia no se alegó por parte de la demandada como fundamento para dar lugar a la terminación del contrato de trabajo no queda otro camino que confirmar la condena impuesta.

Sanciones Moratorias e Indexación.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones moratorias, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que no existe duda

en la imposición de dichas sanciones, puesto que si bien el empleador efectuó pago por consignación (fl.40 del archivo 06), en este no incluyó lo que adeudaba por concepto de reajuste prestacional al no incluir como factor salarial los auxilio de rodamiento y las comisiones, los que como quedo visto fueron habituales y no se pactó ningún tipo de cláusula de exclusión salarial, por demás que frente el último rubro tenía la connotación de retribuir directamente el servicio del demandante.

En tales condiciones no es dable colegir que se ha actuado de buena fe, por lo que, se impondrá **sanción moratoria**, la que consistirá en **un salario diario**, que para el caso asciende a la suma de **\$87.192,77**, puesto que el último promedio salarial mensual del actor fue la suma de \$2'615.783 según lo dispuesto por el A Quo, sin que este fuera objeto de impugnación; dicha suma se pagará **por cada día de retardo desde el 01 de octubre de 2019 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**, pues se demandó el 08 de julio de 2020, esto es, dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, 30 de septiembre de 2019.

Igualmente, se accede a la **sanción por no pago por intereses a las cesantías**, que consiste en un pago igual a los intereses a las cesantías adeudadas, por lo que se debe pagar por tal concepto **\$290.423**.

Así mismo, se ordenará el pago de **sanción por no consignación de las cesantías**, la que, al haber operado el fenómeno de la prescripción sobre las anteriores al 08 de julio de 2017, por lo que, se adeudan las siguientes: **2016** (217 días), **\$890.423,33**; **2017** (360 días), **\$18'639.840**; y **2018** (360 días), **\$25'724.916**; no se imponen las de 2019, puesto que estas hacían parte de la liquidación final de prestaciones sociales, y la indemnización que se impone por tal rubro es la sanción moratoria antes referida.

En este punto se esclarece que los anteriores valores se calcularon con las cesantías dejadas de percibir que para 2016 era de \$123.100, 2017, \$1'553.320, y 2018, \$2'143.743.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ la sentencia** en el sentido de ADICIONAR condena por las sanciones moratorias antes referidas. En cuanto a la **indexación** únicamente es dable conservar esta frente a la condena impuesta por indemnización por despido sin justa causa, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, y sanción por no pago de intereses a las cesantías, puesto que frente a prestaciones sociales esta condena resulta incompatible con la sanción moratoria, pues esta cubre la actualización por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que se **MODIFICARÁ el literal f) del numeral tercero** de la sentencia a fin de establecer tal situación. Lo dicho, conforme a CSJ Rad. 35.603 del 01 de febrero de 2011, y CSJ SL4278-2022.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se CONDENA a GESTIONES PROFESIONALES S.A.S. a reconocer y pagar a favor de RAÚL ROLANDO MENDOZA RINCÓN los siguientes conceptos y sumas:

A. Sanción Moratoria. Un salario diario, esto es, \$87.192,77, por cada día de retardo desde el 01 de octubre de 2019 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

B. Sanción por no pago de intereses a las cesantías, \$290.423.

C. Sanción por no consignación de las cesantías: 2016, \$890.423,33; 2017, \$18'639.840; y 2018, \$25'724.916.

SEGUNDO. -. **MODIFICAR el literal f) del numeral tercero** de la sentencia, en sentido de establecer que **indexación** procede únicamente frente a la indemnización por despido sin justa causa, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, y sanción por no pago de intereses a las cesantías.

TERCERO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

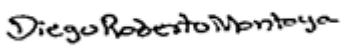
CUARTO. -. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

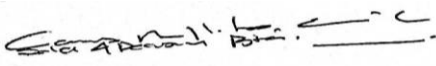
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00163 -01.

Demandante: **RAÚL ROLANDO MENDOZA RINCÓN.**

Demandado: **GESTIONES PROFESIONALES S.A.S.**

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written over the printed name.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00244 -01.

Demandante: **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **las partes** contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 20 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes, en calidad de madre de Jhon Breiner Guzmán Murillo, desde el 07 de febrero de 2009, indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Jhon Breiner Guzmán Murillo fue afiliado a PROTECCIÓN S.A. en septiembre de 2004 por su empleador K-9 Security Ltda.; **2)** El señor Guzmán Murillo dejó acreditadas 136,40 semanas, de las cuales 73 fueron cotizadas dentro de los últimos tres años de vida; **3)** Convivió con su hijo en Honda- Tolima, siendo este quien cubría los gastos de servicios públicos

Demandante: **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

domiciliarios, alimentación, vestuario, salud, y recreación; y **4)** Solicitó pensión de sobrevivientes, empero fue negada por PROTECCIÓN S.A. con fundamento en la existencia de una hija del causante, quien falleció a la par con este el 07 de febrero de 2009.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que si bien el actor y su hija fallecieron el mismo día, la defunción del primero lo fue a las 7:00 A.M., y de la segunda a las 7:30 A.M.; que extrañamente el certificado de defunción del demandante hace alusión a que su deceso fue a las 10:00 A.M., pese al que se allegó a la entidad tenía una hora distinta; que por lo anterior, la pensión se causó a favor de la hija.

2.2. Llamamiento en Garantía.

Mediante auto del 14 de octubre de 2021 se aceptó el llamamiento de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** (archivo 12), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda así al aludido llamamiento, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 15).

Manifestó que la actora no demostró los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su hijo; que la relación contractual con PROTECCIÓN S.A. surge de la póliza No. 6000-0000012-02, no obstante, en el caso lo que se evidencia es que la hija del causante falleció media hora después que él, por lo que esta era su beneficiaria, lo que implica que la actora no es quien tiene mejor derecho pensional; que se atiene a lo dispuesto en la póliza de seguro aludida; y que únicamente sería responsable de la suma adicional que haga falta para sufragar la prestación de sobrevivencia.

Demandante: **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a DECLARAR que la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo JOHN BREINER GUZMÁN MURILLO (q.e.p.d.) a, partir del 07 de febrero de 2009, la cual, teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción, deberá ser pagada desde el 06 de diciembre de 2015, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, junto con los incrementos anuales y a razón de 14 mesadas anuales.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a la actora el retroactivo de las mesadas que por concepto de la pensión de sobreviviente se han hecho exigibles con ocasión del deceso de su hijo JOHN BREINER GUZMÁN MURILLO (q.e.p.d.), a partir del 06 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, junto con los incrementos anuales legalmente dispuestos y a razón de 14 mesadas al año, hasta que se incluya en nómina, suma que, con corte a 30 de septiembre del año en curso, asciende a \$78.701.334, 33, y que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.

TERCERO: DENEGAR el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada a descontar de los porcentajes de las mesadas pensionales a pagar los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: CONDENAR a la llamada en garantía COMPAÑIA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. S.A. al pago de la suma adicional que PROTECCIÓN S.A. requiera para el cubrimiento de la pensión de sobrevivientes que se generó por el deceso de JOHN BREINER GUZMÁN MURILLO a favor de la actora, sin que el trámite que al respecto se realice interfiera en el pago oportuno del retroactivo y las mesadas pensionales de la actora.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada “IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS”, se **DECLARARÁ PARCIALENTE PROBADA** la excepción de “PRESCRIPCIÓN” y **NO PROBADAS** las excepciones de “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR AUSENCIA DE CAUSA DE PROTECCIÓN S.A. EN EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL”, “DE LA BUENA FE” y “COMPENSACIÓN”, propuestas por PROTECCIÓN S.A.

DECLARAR PROBADA la denominada “IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS”, **PARCIALENTE PROBADA** la excepción de “PRESCRIPCIÓN” y **NO PORBADAS** las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, “IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN” y “COADYUVANCIA A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR PROTECCIÓN S.A.” formuladas por COMPAÑIA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. S.A., frente a la demanda.

Asimismo, **DECLARAR NO PROBADAS** las denominada “NO SE HAN CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE ACTIVE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DEL SEGURO PREVISIONAL EXPEDIDA POR COMPAÑIA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. S.A.”, “COMPAÑIA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. SÓLO RESPONDE POR LA SUMA ADICIONAL QUE SE REQUIERA PARA FINANCIAR EL MONTO DE LA PENSIÓN” y “PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO”, formuladas por COMPAÑIA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. S.A., frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte demandante. Líquidese por secretaria, incluyendo la suma de \$3.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas frente al llamamiento en garantía.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto al fallecimiento del señor Guzmán Murillo, su calidad de hijo de la demandante, así como la negativa de reconocer pensión de sobrevivientes a esta; que la normatividad vigente a la fecha de fallecimiento del causante era la Ley 797 de 2003; que conforme a las respuestas otorgadas por la Registraduría Municipal de Mariquita se modificó la hora de deceso del causante y de su hija, estableciendo que era la misma, por lo que en tal sentido, al momento del fallecimiento del causante, este no contaba con otro beneficiario que excluyera a su madre; que el anterior cambio se fundamentó en solicitud efectuada por la Fiscalía, puesto que su hija no vivió ni un segundo después de tal fallecimiento; que de conformidad con la prueba testimonial es dable deprecar que la demandante dependía del causante, pues este era quien asumía los gastos del hogar, pues la madre de la actora había dejado de laborar al asumir el cuidado de su progenitora; que el exánime acumulaba más de 50 semanas dentro de los últimos tres años de vida; que de la liquidación de la pensión es dable establecer que la pensión es equivalente a un salario mínimo; que operó la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 06 de diciembre de 2015, pues se reclamó el mismo día y mes de 2018; que no hay lugar a intereses moratorios, ya que existía controversia en cuanto a la hora de fallecimiento del causante y de su hija, por lo que existía justificación para no otorgar el derecho; y que COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. es la entidad que asumió el seguro previsional de PROTECCIÓN S.A., por lo que, le corresponde asumir el capital faltante para pagar la pensión de sobrevivientes que se condena, sin que opere prescripción, pues a través de esta decisión que se dispone el reconocimiento prestacional.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que hay lugar a intereses moratorios, pues existía la solicitud de reconsideración de la negativa prestacional del 26 de julio de 2019, en donde se dijo que se había incurrido en un error, y que el registro en efecto fue corregido en diciembre de tal año; que lo anterior, se puso en conocimiento de la demandada sin que se efectuara el correspondiente estudio pensional, por demás que también con la demanda

se allegó el respectivo documento; y que los intereses moratorios son resarcitorios y no sancionatorios, por lo que se debieron reconocer.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** señaló si bien es cierto se presentó una duda frente a la hora de deceso de la hija menor de edad, no existe un total convencimiento en que se presentó tal deceso; que se debió observar el orden en el que cada quien va a ser beneficiario, pues esto hace que se pueda extinguir un derecho en cabeza de alguien más; que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece un orden, por lo que no se establece un salto como lo hace la normatividad civil; que si bien hubo un ajuste de la hora del fallecimiento, no es menos cierto que esto afecta la forma en que se debe reconocer el derecho, y así únicamente era dable estudiar la prestación de conformidad con dicha el orden que establecía la normatividad, pues la hija era una beneficiaria de mejor derecho; que la indexación es un remedio que sólo busca actualizar una suma exigible, pero la que se conoce en el asunto no lo era, pues no se tenía como pronunciarse sobre su procedencia, siendo sólo procedente desde el momento de exigibilidad; y que la condena en costas es sólo procedente cuando existe una parte vencida.

Finalmente, **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** enunció que se excluye como beneficiaria a la demandante, pues el derecho pensional se extingue ante la existencia de una hija; que no hay norma que establezca que pasa cuando se presenta el fallecimiento del beneficiario y el causante a la misma hora; que no existe sucesión pensional en la Ley 100 de 1993; que no es factible reconocer una prescripción parcial, debió ser aplicada totalmente; y que frente al contrato de seguros también operó la prescripción frente al llamamiento en garantía, pues estos términos se encuentran en el Código de Comercio, debiéndose declarar que se presentó tal fenómeno.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la actora como consecuencia del fallecimiento de su hijo, Jhon Breiner Guzmán Murillo pese a que su deceso fue anterior o coincide con la hora de su hija?, ¿operó total o parcialmente la excepción de prescripción? ¿es dable el reconocimiento de intereses moratorios o de indexación?, ¿es factible imponer a la aseguradora el pago de la suma adicional para cubrir la prestación pensional y si operó en tal sentido el fenómeno prescriptivo?, y ¿resulta procedente la imposición de costas a PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la Pensión de Sobrevivientes a favor de los Padres Dependientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Demandante: **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Jhon Breiner Guzmán Murillo -07 de febrero de 2009- (fl. 12 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; normas que establecen que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y que son beneficiarios, entre otros, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este.

En ese orden de ideas, resulta claro que la norma establece una exclusión, pues sólo serán beneficiarios los padres a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho. En el caso, se aduce por parte de PROTECCIÓN S.A. y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. que era beneficiaria la hija del causante, Laura Michelle Guzmán Morera, por lo que, en tal sentido no podía ser tenida en cuenta como beneficiaria a la demandante.

Al respecto, se observa que la A Quo elevó oficio a la Registraduría Civil de Mariquita a efectos de establecer la fecha y hora de fallecimiento de tal hija, encontrándose que dicha entidad manifestó que tal deceso acaeció el 07 de febrero de 2009 a las 22:00 horas, es decir, el mismo día y hora del señor Guzmán Murillo; y que si bien en registro anterior se había establecido que la hora de defunción de la hija del causante había sido las 19:30, se procedió a la corrección del registro civil por petición de la Fiscalía General de la Nación, quien fundamentó tal pedimento en el protocolo de necropsia suscrito por la Dra. Jenny Giron Gallego, Médica del Hospital San José de Mariquita- Tolima (archivo 34).

Así las cosas, para la Sala no existe duda que la fecha de fallecimiento tanto del causante como de su hija fue en el mismo día y hora, por demás que dicho registro civil no fue sometido nuevamente a ningún trámite de modificación o rectificación en los términos establecidos en el Decreto 1260 de 1970 y/o Decreto 999 de 1988, por lo que se considera que lo que allí se

plasma da cuenta de la situación jurídica de tales sujetos ante la sociedad, por lo que en tal sentido goza de credibilidad y constituye una prueba fidedigna, máxime si se tiene en cuenta que ello se adecua a lo establecido en el artículo 95 del C.C., esto es, que *“si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera que no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras”*.

Ante tal escenario, es claro que al momento del deceso del causante, este no contaba con un beneficiario que excluyera a la demandante, ante la ausencia de cónyuge o compañera e hija, que se itera se entiende que falleció de forma simultánea que este, sin que ello implique ningún tipo de salto del orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que tiene contemplada la normatividad laboral, pues para el momento que fallece el causante, también lo hace quien hubiere sido su primer beneficiario, lo que de suyo trae que en cabeza de este no sea radicado ningún tipo de derecho; aspecto que resulta similar a lo dispuesto en el artículo 1015 del C.C. que señala que *“Si dos o más personas, llamadas a suceder una a otra, se hallan en el caso del artículo 95, ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras”*.

Por tanto, le correspondía a la demandante acreditar en tales condiciones el presupuesto de la dependencia económica; aspecto que no fue objeto de controversia, empero que en todo caso aparece demostrado, puesto que los testigos Luz Dary García, Diana Victoria Sanabria, y Víctor Bonilla son coincidentes en afirmar quien la demandante una vez que este regresó a su casa, en el año 2007-2008, empezó a depender totalmente de este, pues dejó de laborar, se dedicó al cuidado del hogar y de su progenitora, quien ya se encontraba en un estado de avanzada de edad; igualmente, expusieron que el apoyo era permanente, y que ninguna de las otras hijas le brindaba apoyo económico, puesto que la mayor tenía su hogar y sus ingresos estaban destinados a este, y la menor se encontraba en grado once de escolaridad.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el aporte que el causante le suministraba a su madre era cierto, constante, significativo, y no se trataba de una mera colaboración o auxilio, pues si este la demandante no hubiera estado en condiciones de autosuficiencia económica. Por ende, se considera que le asiste razón al *A Quo* al ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en estudio, por lo que, tal condena se confirmará.

Prescripción.

En juicio se acreditó que tan sólo hasta el 06 de diciembre de 2018 se presentó reclamación (fls. 7 y 8 del archivo 01), por lo que con esta se interrumpió el fenómeno prescriptivo, de modo que se extinguieron las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2015, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T.; misma conclusión a la que arribo la *A Quo*, por lo que se confirmará.

Intereses Moratorios e Indexación.

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que sólo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de dos meses de que trata el artículo 1° de la Ley 717 de 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Igualmente, CSJ Rad. 42783 del 13 de junio de 2012, CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020 ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que

gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (CSJ Rad. 43602 del 06 de noviembre de 2013, CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

Así las cosas, encuentra la Sala que le asiste razón a la A Quo en abstenerse de reconocer intereses moratorios, puesto que para la fecha de reclamación de la prestación, 06 de diciembre de 2018, y se dio respuesta a esta, 20 de junio de 2019 (fl.15 del archivo 01), no se contaba con la corrección que solicitó la Fiscalía General de la Nación del registro civil de defunción del causante y de su hija, nótese que la modificación de la hora únicamente se realizó el 09 de diciembre de 2019 y el anterior registro tenía calenda del 10 de febrero de 2009 (archivo 34), por lo que durante el tiempo que este registro tuvo vigencia se consideraba que se encontraba ajustado a la normatividad legal.

En consecuencia, se considera razonable la decisión de la A Quo de no efectuar condena por concepto de intereses moratorios, siendo procedente en tal orden de ideas la indexación, lo que consiste únicamente en un medio de actualización del dinero por verse sometida a depreciación monetaria por la pérdida de su poder adquisitivo. Lo dicho, de conformidad con las sentencias CSJ SL194-2019, CSJ SL3397-2020 y CSJ SL359-2021; en ese sentido, los argumentos presentados por el fondo PROTECCIÓN S.A.

Valores a Cargo de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

La ley de seguridad social integral tiene concebido el régimen de ahorro individual como un sistema con carácter de aseguramiento frente a los infortunios de invalidez y muerte, de manera que cuando se causa uno de aquellos eventos, contribuirán a la financiación de la respectiva prestación pensional, *“los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora”*, conforme a lo estipulado en el inciso 1° del artículo 70 y el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 100 de 1993.

Es por ello, que en el artículo 108 *ejusdem*, se establece a cargo de los fondos pensionales la obligación de contratar seguros previsionales colectivos y de participación, para subvencionar el pago de las pensionales de invalidez y sobrevivencia en aquellos eventos en que los demás factores de financiación resulten insuficientes para costear el monto de la pensión.

Por lo anterior, y conforme a lo dispuesto en CSJ SL574-2023 es un imperativo legal la obligación de contratar con una aseguradora previsional, los referidos seguros, con el fin de garantizar el financiamiento de las aducidas pensiones y, por consiguiente, ante la acreditación de los presupuestos de la existencia del derecho pensional, imponer la obligación del pago al fondo pensional; que en tal sentido, la aseguradora debe aportar la suma adicional necesaria para financiar la pensión a partir de la situación concreta de los beneficiarios, de manera que tal cobertura es automática, pues si se condena a la A.F.P. al pago de la prestación periódica, a la aseguradora, por ministerio de la ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL4204-2018, CSJ SL5603-2019, CSJ SL2843-2020, y CSJ SL778-2021).

En consecuencia, se considera acertada la decisión del *A Quo* de imponer los recursos correspondientes o necesarios para completar el capital para financiar la prestación pensional que se está reconociendo, pues aun cuando tal pedimento no hubiere sido solicitado por la demandante, este opera por ministerio de la ley.

Finalmente, se aclara que tampoco es posible predicar que existen sumas de dicho seguro previsional que puedan ser objeto de prescripción, pues la prestación se reconoce apenas a través de esta sentencia.

Costas.

En cuanto a los reparos expuestos por PROTECCIÓN S.A. frente a las costas, puesto que conforme al artículo 365 del C.G.P., estas se imponen a la parte vencida, como lo fue en el presente caso el aludido fondo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00244 -01.

Demandante: **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00244 -01.
Demandante: **LUZ DARY MURILLO SÁNCHEZ.**
Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00377 -01.

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

AUTO

NO ACEPTAR la renuncia de poder elevada el 23 de mayo de 2023 por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con la C.C. 1.037.639.320 de Envigado y T.P. 288.820 del C.S. de la j. como apoderada de COLPENSIONES, como quiera que no allegó comunicación enviada a su poderdante en la que pusiere en conocimiento la renuncia al mandato concedido, conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 18 de octubre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN** adelanta contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. traslade la totalidad de los aportes ahorrados en su cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones a COLPENSIONES, y que esta active su afiliación y reciba la totalidad de los valores referidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** (archivos 09 Y 11) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de octubre de 1994, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a 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 actora, a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a 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.

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. 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.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES expuso que la acción se incoó con la finalidad de tener beneficios económicos; que el traslado se encuentra ajustado a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, por demás que la actora permaneció en R.A.I.S. más de 25 años, con lo que ratificó su traslado a este régimen; que era deber de la actora estar pendiente de su situación, más aún cuando se trata de una abogada; que la demandante estaba incurso en una prohibición de traslado; y que se debe revocar la condena en costas, pues no tuvo que ver en el negocio jurídico, traslado de régimen, y se estarían destinados recursos públicos a fines distintos de lo establecido en la Constitución.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Pensiones y Cesantías Colpatria hoy PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de abril de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 29 a 32 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Pensiones y Cesantías Colpatria hoy PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1995 (fl.28 del archivo 01).

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 28 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

suscribió el 10 de febrero de 1995 con Pensiones y Cesantías Colpatria hoy PORVENIR S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Muriel Tobón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de febrero de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que Pensiones y Cesantías Colpatria informó que el I.S.S. se iba a liquidar y que se debía afiliarse a un fondo privado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado la calidad de abogada, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información. Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJ SL1949-2021, donde se manifestó que “ *Tampoco puede tener*

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien ordenó que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se deben 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, se hace necesario incluir el capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima y comisiones; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Igualmente, se **DISPONDRA** que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COLPENSIONES, era dable su imposición

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver además de 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, **el capital destinado a la financiación de la pensión de garantía de pensión mínima y comisiones;** rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados.**

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00377 -01.

Demandante: **CLARA ELENA MURIEL TOBÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

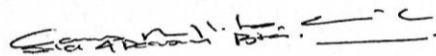
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00580 -01.
Demandante: **YOLIMA DEL CARMEN RODRÍGUEZ DEL CASTILLO.**
Demandado: **U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

AUTO

Téngase como apoderada sustituta de la U.G.P.P. a la Dra. Tania Esperanza López Rubio identificada con C.C. 1.049.652.417 de Tunja y T.P. 360.979 del C.S.j., en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **U.G.P.P.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** dentro del proceso ordinario laboral que **YOLIMA DEL CARMEN RODRÍGUEZ CASTILLO** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende pensión de sobrevivientes, en calidad de hija en condición de discapacidad, desde el 29 de mayo de 1998, mesadas adicionales, reajustes anuales, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Luisa María del Castillo de Rodríguez era la madre de la demandante, y le fue reconocida pensión de jubilación por parte de Cajanal mediante la Resolución 02062 de 1974, acto que sería modificado a través de la Resolución 02035 del 03 de diciembre de 1975; **2)** La señora Del Castillo de Rodríguez falleció el 29 de mayo de 2018; **3)** Dependía económicamente de su progenitora, además era quien velaba por su cuidado personal, puesto que padece de Trastorno Depresivo Recurrente No Especificado desde 2013 y no puede laborar por tal condición, pues esta patología es degenerativa y genera un deterioro progresivo; **4)** En virtud de la enfermedad narrada se encuentra impedida para laborar y para solventar sus gastos, estableciéndose mediante dictamen de la Junta Regional de Calificación de Bolívar que su P.C.L. equivale al 55%; **5)** El 28 de mayo de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante se negó mediante Resolución RDP 020499 de 2019; y **6)** Interpuso recurso de reposición, empero se confirmó el acto administrativo inicial a través de la Resolución RDP 026466 del 04 de septiembre de 2019.

2. Respuesta a la Demanda.

U.G.P.P. (archivo 05), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Expuso que en ningún momento se ha acreditado la supuesta dependencia económica de la actora hacia su madre fallecida, por demás que esta aparece como cotizante hasta el año 2017.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija en condición de invalidez, con ocasión del fallecimiento de su progenitora, la señora Luisa María Del Castillo de Rodríguez (Q.E.P.D.) esto desde el 29 de mayo de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante por concepto de retroactivo pensional en la suma de \$142.207.991, calculado desde

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00580 -01.

Demandante: **YOLIMA DEL CARMEN RODRÍGUEZ DEL CASTILLO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

el 29 de mayo de 2018 al 31 de agosto de 2022, sin perjuicio de los que se causen con posterioridad hasta que sea incluida en nómina de pensionados. Se aclara, que el valor de la mesada pensional para esta anualidad corresponde a la suma de \$2.321.678. En igual forma, se autoriza a la entidad a realizar los descuentos con destino al sistema general de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional objeto de condena.

TERCERO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se causarán a partir del 29 de julio de 2018 hasta que se produzca el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales y sea incluida en nómina de pensionados.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada UGPP de las demás pretensiones incoadas en el libelo introductorio.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADOS los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.

SEXTO: CONDENAR a la demandada UGPP a pagar COSTAS en favor de la demandante. Para el efecto se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV, que se liquidará en su oportunidad procesal pertinente por secretaria

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la norma aplicable es la vigente al momento del fallecimiento de la causante, esto es, la Ley 797 de 2003; que según dicha norma la hija en condición de invalidez es beneficiaria siempre y cuando dependa económicamente de la causante, la que no debe ser absoluta, sino que basta con que no sea dable colegir la autosuficiencia de la beneficiaria; que está acreditada la calidad de invalidez de la actora, así como la dependencia económica, puesto que quien sufragaba la totalidad de sus gastos era su madre fallecida, por manera que esta era necesaria para garantizar su manutención; que el pago de salud por parte de la actora no implica capacidad laboral, pues este era sufragado por su madre según lo dicho por los testigos; que no operó la excepción de prescripción, dado que entre el fallecimiento de la causante y la demanda no transcurrieron más de tres años; que hay lugar a intereses moratorios, puesto que se reclamó el 29 de mayo de 2018 y no se accedió al reconocimiento pensional dentro de los dos meses; y que por lo anterior, no hay lugar a indexación.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **U.G.P.P.** manifestó que si bien es cierto son beneficiarios los hijos en condición de invalidez, se debía acreditar la dependencia económica, no obstante este presupuesto no se demostró, y por el contrario lo que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00580 -01.

Demandante: **YOLIMA DEL CARMEN RODRÍGUEZ DEL CASTILLO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

verifica es que es cotizante según R.U.A.F.; y que la carga de demostrar el requisito aludido le asiste a la parte actora.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por U.G.P.P., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de U.G.P.P.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la actora como consecuencia del fallecimiento de su madre, Luisa María Del Castillo de Rodríguez?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la Pensión de Sobrevivientes. Hijo en Condición de Invalidez.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en

la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento de la señora Luisa María del Castillo de Rodríguez -29 de mayo de 2018- (fl. 11 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; normas que establecen que son beneficiarios, entre otros, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos en condición de invalidez si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

En cuanto a la dependencia económica, es necesario precisar que para efectos de este tipo de pensión se debe acreditar que el hijo mayor de edad que sufre de discapacidad allegue: i) prueba del parentesco con el causante, ii) la pérdida de capacidad laboral y iii) la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor.

Ahora bien, la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014).

Igualmente, en sentencias CSJ SL4811-2014 y CSJ SL14923-2014, se expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de

quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual se han identificado dos condiciones a saber: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y ii) una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe cumplir los siguientes parámetros: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente (CSJ SL5605 de 2019 y CSJ SL4483-2021)

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (CSJ Rad. 52770 del 04 de diciembre de 2013) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (CSJ Rad. 44701 del 19 de noviembre de 2013).

Descendiendo al caso, observa la Sala que en el proceso está acreditado que la actora es hija de la causante, según registro civil de nacimiento visible a folios 14 y 15 del archivo 01; que la causante al momento de su deceso ostentaba la calidad de pensionada según se desprende de las Resoluciones 02062 del 30 de agosto de 1974 y 02035 del 03 de diciembre de 1975 (fls. 16 a 19 del archivo 01); y que la actora se encuentra en situación de invalidez, puesto que padece de “Trastorno Depresivo Recurrente, No Especificado” con un P.C.L. del 55% (fls. 20 a 23 del archivo 01).

Así las cosas, se procede a verificar si se acreditó la dependencia económica en los términos expuestos, frente a lo que se encuentra que según las testigos Yolanda Del Carmen Díaz de Arrieta y Mara Díaz Mendoza, la demandante siempre ha dependido de su progenitora, quien era quien le suministraba vivienda, alimentos, y salud, y que actualmente está depende de su hermano de menor de la colaboración de sus vecinos.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el aporte que la causante le suministraba a su hija era cierto, constante, y significativo, pues resultaban vitales para su manutención, sin que dichos presupuestos hubieren sido desvirtuados por la demandada quien aduce que según información suministrada por la A.D.R.E.S., la actora era cotizante en salud desde el 01 de mayo de 2018, aspecto que no demuestra certeramente su autosuficiencia, pues según los testigos aludidos el dinero de tales aportes provenía de la progenitora de la actora; de modo que para desvirtuar la dependencia económica en estudio, era necesario que la demandada desplegara una mayor actividad probatoria, pues conforme a las pruebas allegadas al plenario, es dable considerar que le asiste razón al *A Quo* al ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Fecha de Reconocimiento, Prescripción, Retroactivo, y Valor Mesada a 2022.

En juicio está acreditado que la causante falleció el 29 de mayo de 2018, por lo que le asiste razón al *A Quo* al reconocer la prestación pensional a partir de tal calenda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00580 -01.
Demandante: **YOLIMA DEL CARMEN RODRÍGUEZ DEL CASTILLO.**
Demandado: **U.G.P.P.**

En cuanto a la prescripción, ciertamente dicho fenómeno no acaeció, dado que incluso se demandó dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho- 29 de mayo de 2018-, esto es, el 11 de diciembre de 2020 (archivo 02).

En cuanto al valor del retroactivo encontramos que según la Resolución RDP 047773 del 19 de diciembre de 2018 que la mesada pensional de la causante a mayo de 2018 ascendía a \$1'940.517,34. Por tanto, y efectuados las operaciones aritméticas de rigor tenemos que el valor del retroactivo a pagar es la suma de \$124'360.400,89, suma inferior a la dispuesta por el A Quo, \$142'207.991, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** a fin de establecer tal valor, en razón del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a U.G.P.P.:

RETROACTIVO				
Año	Incremento (%)	Pensión	Mesadas	Retroactivo
2.018	3,18%	\$ 1.940.517,34	9,1	\$ 17.594.023,88
2.019	3,80%	\$ 2.002.225,79	14	\$ 28.031.161,08
2.020	1,61%	\$ 2.078.310,37	14	\$ 29.096.345,20
2.021	5,62%	\$ 2.111.771,17	14	\$ 29.564.796,36
2.022		\$ 2.230.452,71	9	\$ 20.074.074,37
TOTAL				\$ 124.360.400,89

Igualmente, se tiene que el valor de la mesada a 2022 es de **\$2'230.452,71**, valor inferior al señalado por el A Quo, \$2'321.678, por lo que, en tal sentido también se modificará el numeral aludido.

Intereses Moratorios.

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que sólo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de dos meses de que trata el artículo 1° de la Ley 717 de 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Igualmente, CSJ Rad. 42783 del 13 de junio de 2012, CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020 ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, pese a que en casos

excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (CSJ Rad. 43602 del 06 de noviembre de 2013, CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

Así las cosas, encuentra la Sala que le asiste razón al A Quo al ordenar el reconocimiento de intereses moratorios, puesto que la negativa de la prestación se fundó en la calidad de cotizante en salud de la actora, aspecto que como quedo visto era insuficiente para establecer su autosuficiencia. Asimismo, la prestación se debió reconocer a partir del mes segundo de haberse radicado la solicitud, esto es, el 28 de julio de 2019, pues la reclamación se elevó el 28 de mayo del mismo año; por tanto y dado que el juez de primera instancia estableció condena desde el mismo día y mes pero de 2018, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de sentencia para establecer la primera calenda en mención.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de U.G.P.P.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de retroactivo del 29 de mayo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00580 -01.

Demandante: **YOLIMA DEL CARMEN RODRÍGUEZ DEL CASTILLO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

2018 al 31 de agosto de 2022 se debe reconocer la suma de **\$124'360.400,89**. Igualmente, se modifica en el sentido de establecer que la mesada pensional a 2022 es la suma de **\$2'230.452,71**

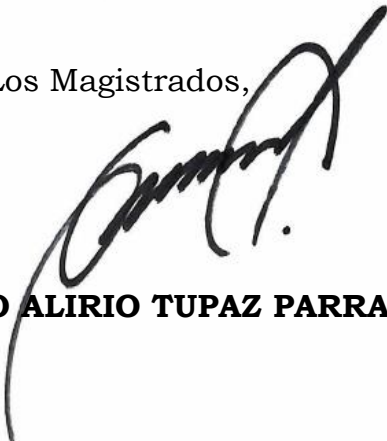
SEGUNDO. -. **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que los intereses moratorios se deben reconocer desde el **28 de julio de 2019**.

TERCERO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. -. Costas en esta instancia a cargo de U.G.P.P.

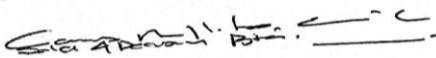
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de U.G.P.P. como agencias en derecho la suma de \$500.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00098 -01.

Demandante: **JULIO BAYARDO SALAMANCA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 03 de octubre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **JULIO BAYARDO SALAMANCA MARTÍNEZ** adelanta contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que sea traslado inmediatamente COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de su cuenta de ahorro individual, incluidos bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes a seguros previsionales, junto con los rendimientos; que se reactive su afiliación por

parte de COLPENSIONES y que esta proceda a reconocer pensión de vejez, debiéndose indexar su primera mesada pensional y retroactivo.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (archivos 08 y 09) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 01 de abril de 1999, por intermedio de PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida administrada hoy en día por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES para que active la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y procesa a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probado los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las administradoras demandadas. Señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de estas, y a favor de la parte actora.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que existían obligaciones a cargo del afiliado, existiendo un silencio del consumidor financiero que permaneció en el tiempo; que la A.F.P. generó el daño, por lo que no puede verse excluida del

reconocimiento que se hará más adelante; que no era exigible el nivel de asesoría que se señaló; que la decisión genera afectación financiera, más aún si se tiene en cuenta que se está cerca del reconocimiento pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de enero de 1995 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 21 a 23 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 20 de febrero de 1999 (fl.44 del archivo 08).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los 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 (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 44 del archivo 08 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de febrero de 1999 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Salamanca Martínez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (20 de febrero de 1999) no era

obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al momento de tal traslado la asesora de PORVENIR S.A. sólo le dijo que el I.S.S. se iba a acabar, que ahora existían los fondos privados, y que regresaría para brindar mayor información, lo que nunca cumplió; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Igualmente, se advierte que el interrogatorio del representante legal de PORVENIR S.A. es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Tampoco se considera que el demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado la calidad de abogado, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información. Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJ SL1949-2021, donde se manifestó que “ *Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino*

la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por

conceptos de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión**; todos los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **JULIO BAYARDO SALAMANCA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión;** todos los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00098 -01.
Demandante: **JULIO BAYARDO SALAMANCA MARTÍNEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2021-00308 -01.

Demandante: **YULI CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

AUTO

ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora identificado con la C.C. 17.174.115 de Bogotá y T.P. 6.491 del C.S.j. Igualmente, **TÉNGASE** como apoderada de la U.G.P.P. a la Dra. Gloria Ximena Arellano Calderón identificada con la C.C. 31.578.572 de Cali y T.P. 123.175 del C.S.j. en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **U.G.P.P.** contra la providencia que el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá profirió el 19 de octubre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **YULI CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, desde el

15 de junio de 2020, mesadas adicionales, indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Jesús Uriarte Uriarte nació el 28 de julio de 1937 en España; **2)** Mediante Resolución 1498 del 21 de octubre de 1988, la Comisión de Prestaciones del I.S.S. Atlántico reconoció y pago una pensión de invalidez de origen profesional al señor Uriarte Uriarte, a partir del 09 de octubre de 1987; prestación que sería reingresada en nómina mediante Resolución 195 del 20 de mayo de 1999, con efectos a partir del 01 de enero de 1997; **3)** El 07 de abril de 2017, junto con el señor Uriarte Uriarte declararon una unión marital de hecho que inició desde el 15 de enero de 2002 y se mantuvo hasta el fallecimiento de este; con lo que reafirmaron la declaración que habían realizado el 15 de enero de 2007 y en donde señalaban que llevaban una convivencia de cinco años; **4)** Era beneficiaria en salud del señor Uriarte Uriarte desde el 01 de agosto de 2008, así como este solicitó su designación como beneficiaria de su prestación pensional; **5)** El 15 de mayo de 2019 el señor Uriarte Uriarte viajó a España por su situación de salud y con la finalidad de vender una finca; **6)** El 24 de mayo de 2019 el señor Uriarte Uriarte fue atendido en el Consejo General de Colegios de Oficiales Médicos de España, y luego, el 01 de agosto de 2019, fue ingresado al Hospital de Gorliz Ospitalea H. Gorliz, en donde fue dado de alta hasta el 09 de septiembre del mismo año; **7)** Pese a lo anterior, el señor Uriarte Uriarte fue internado nuevamente el 17 de septiembre de 2019 en la Residencia Zuetxe Quinta Torre; **8)** El 03 de octubre de 2019 viajó a España con la idea de prestar apoyo y ayuda permanente al señor Uriarte Uriarte hasta su recuperación; **9)** El Director de la clínica le informó que era imposible trasladar al señor Uriarte Uriarte a Colombia por su delicado estado de salud; **10)** Se puso en contacto con Yaqueline Uriarte Solis, quien era sobrina de su compañero, además este tenía un hijo en tal país, Xavier Uriarte Casas, con quien sólo se pudo comunicar telefónicamente; **11)** Regresó el 10 de octubre de 2019 a Bogotá, en donde se puso en contacto con la inmobiliaria AJM para poner fin al arriendo, así como siguió en comunicación con el señor Uriarte Uriarte, planeando regresar a España el 20 de abril de 2020; **12)** No pudo viajar con ocasión a la pandemia generada por el Covid-19; **13)** El 15 de junio de 2020 falleció el señor Uriarte Uriarte;

Demandante: **YULI CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

14) Solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante se negó mediante Resolución RDP 20428 del 08 de septiembre de 2020; y **15)** Interpuso los recursos de ley, pero se confirmó la decisión inicial a través de las Resoluciones RDP 24612 del 29 de octubre de 2020 y RDP 25401 del 06 de noviembre de 2020.

2. Respuesta a la Demanda.

U.G.P.P. (fls. 295 a 303 del archivo 03 de la carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que la demandante no acredita el requisito de convivencia de cinco años durante los últimos años de vida del causante, puesto que no hubo convivencia en los tres años de vida del exánime por cuanto este se trasladó a España, según investigación administrativa adelantada por Cosinte Ltda.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la U.G.P.P. a pagar la sustitución pensional a la actora, a partir del 15 de junio del año 2020, con ocasión del fallecimiento de Jesús Uriarte Uriarte.

SEGUNDO: CONDENAR a la U.G.P.P. a pagar a la actora el retroactivo pensional causado a partir del 15 de junio del año 2020, sin que se vea afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción, en el mismo número de mesadas que venía percibiendo el señor Jesús Uriarte Uriarte y en el mismo monto en el que venía percibiendo el causante, el cual deberá ser indexado al momento de su pago, respecto de todas y cada una de las mesadas que hagan parte del retroactivo.

TERCERO: AUTORIZAR a la U.G.P.P. a descontar del retroactivo pensional lo atinente a los aportes a Sistema de Seguridad Social en Salud y para tal efecto, entonces deberá redirigirlos a la E.P.S., a la cual se encuentre afiliada la demandante.

CUARTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: Costas a cargo de la demandada; agencias en derecho: 1 SMLMV

SEXTO: Se **ABSUELVE** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia cuando se está frente a pensionado se debe acreditar un tiempo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento de este; que está acreditado que el exánime gozaba de una pensión de origen laboral desde el 09 de octubre de 1987; que de las pruebas documentales es dable establecer que la demandante y el causante convivieron desde 2002 y que sólo suspendieron tal convivencia por el estado de salud del primero quien fue a España para lograr una mejor atención, de lo que también dieron cuenta los testigos comparecientes a juicio, así como se puede colegir de las declaraciones extraprocesales allegadas al plenario; que se justifica la separación de la actora y el causante en hechos ajenos a la voluntad de estos, por demás que cuando este cayó en un estado delicado de salud, viajó a España la demandante, quien incluso iba a regresar, empero tal circunstancia se vio truncada como consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19, pese a ello está acreditado el contacto telefónico constante entre estos; que aunado a lo anterior, el causante manifestó la condición de compañera permanente de la demandante y que esta era quien debía ser beneficiaria de su pensión; que aunado a lo anterior se denota que la demandante brindó al causante acompañamiento espiritual, así como existía un apoyo mutuo propio de una pareja sentimental; que la pensión a favor de la actora se debe reconocer en las mismas condiciones en que la venía percibiendo el causante; que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, existía una duda razonable para negar la prestación; que pese a lo anterior, es dable reconocer el retroactivo debidamente indexado, previo los descuentos al sistema general de salud; y que no operó prescripción, puesto que se demandó dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho pensional.

4. Argumentos de la Recurrente.

U.G.P.P. señaló que los elementos probatorios recolectados no dan plena certeza del cumplimiento del requisito de convivencia, puesto que se debían acreditar según la Ley 797 de 2003 cinco años de convivencia antes del fallecimiento del causante; que las declaraciones de los testimonios no tienen fundamento en situaciones que les constaban de forma directa, para poder determinar el presupuesto de la convivencia; que el interrogatorio de

parte es insuficiente para determinar el requisito aludido, lo que tampoco es dable concluirlo de la prueba documental, puesto que si bien la accionante era beneficiaria en salud del causante, era su destinataria de la pensión en vida, y habían declaraciones extraprocesales que daban cuenta de esta convivencia, lo cierto es que datan de 2017; que según investigación realizada por U.G.P.P. se concluyó la falta de convivencia, puesto que en esta se tuvo que durante los últimos tres años el causante se trasladó a España; que para el reconocimiento se debe tener certeza de la convivencia; que para imponer costas y agencias en derecho se debió tener en cuenta si existió temeridad en la defensa, aspecto que no acaeció.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por U.G.P.P. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la actora como consecuencia del fallecimiento de Jesús Uriarte Uriarte? y, ¿es dable el reconocimiento de costas a cargo de la U.G.P.P.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Pensión de Sobrevivientes. Compañera Permanente.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Jesús Uriarte Uriarte -15 de junio de 2020- (fl. 31 del archivo 03 de la carpeta 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; normatividad a la que se acude por remisión del artículo 11 de la Ley 776 de 2002, pues el causante gozaba de una pensión de invalidez de origen laboral (Resolución 01498 del 21 de octubre de 1988 obrante en la carpeta 04 de la carpeta 01).

En cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Por otra parte, es necesario rememorar que CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016 ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Uriarte Uriarte falleció ostentando el estatus de

pensionado (Resolución 01498 del 21 de octubre de 1988 obrante en la carpeta 04 de la carpeta 01), y que YULI CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ alega la calidad de compañera permanente, por lo que debía acreditarse por los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Al punto, se encuentra en la prueba documental, que el 07 de abril de 2017 el causante y la demandante declararon ante Notario Público su calidad de compañeros permanentes y su convivencia desde el 15 de enero de 2002 de forma ininterrumpida; declaración que se acompasa con la que efectuaron el 15 de enero de 2007 en la que manifestaron iguales circunstancias (fls. 35 a 42 del archivo 03 de la carpeta 01).

Del mismo modo, se encuentra que el causante tenía como beneficiaria de sus servicios de salud a la demandante desde el 01 de agosto de 2008; que la actora y el causante suscribieron diversos contratos de arrendamiento de vivienda, el último con calenda 04 de enero de 2017, y que les fue incluso ofertado el inmueble donde vivían el 04 de septiembre de 2015 (fls.43 a 66 y 71 a 80 del archivo 03 de la carpeta 01)

Así mismo, se encuentra en la prueba documental, declaraciones extraprocesales rendidas por Ángela Marcela Velásquez Gil, July Andrea Fernández Manrique, Jorge Eliecer Gaitán y José Julián Díaz Esteban, quienes manifestaron que dicha demandante y el señor Jesús Uriarte Uriarte de los que se puede colegir que el actor y el causante convivieron desde 2002 hasta el día de su fallecimiento, que era el exánime quien velaba por los gastos del hogar, que fue aquella quien acompañó al causante en su vejez y enfermedad, que vivían bajo el mismo techo, que el señor Uriarte Uriarte en 2019 viajó a España para hacerse unos chequeos médicos, no obstante, su situación de salud empeoró en dicho país, por lo que fue hospitalizado, la actora viajó pero tuvo que regresar a Colombia a arreglar asuntos pendientes, que compró nuevos pasajes para retornar a España, que la pandemia causada por el Covid-19 no permitió tal retorno y que en ese interregno el causante falleció (fls. 165 a 174 de archivo 03 de la carpeta 01).

En cuanto al valor probatorio de dichas declaraciones habrá de rememorarse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación no se requirió por ninguna de las partes, pueden ser valoradas en el sentido aludido por la H. Corte Suprema de Justicia, en todo caso, las declaraciones de Ángela Marcela Velásquez Gil y José Julián Díaz Esteban fueron ratificadas en juicio y fueron coincidentes con lo que se manifestó extraprocesalmente.

Aunado a ello, se allegó tiquete donde se observa un viaje realizado el 03 de octubre de 2019 por la actora a España; el correo electrónico en el que la demandante pidió la terminación de su contrato de arrendamiento para acompañar a su compañero, así como la aceptación de tal relación; y los tiquetes que la demandante había comprado para viajar a acompañar a su compañero para abril de 2020, así como las diferentes consignaciones que el causante realizó a nombre de la actora, incluso cuando viajaba a España a través de transferencias internacionales. Asimismo, se encuentran acreditadas en juicio las salidas del país por parte del causante entre 2015 y 2020, en donde sólo consta que estas se presentaron en marzo y mayo de 2018 y en los mismos meses de 2019, que su retorno se vio inviable en virtud de su tratamiento y posterior hospitalización en España el 01 de agosto de 2019, y que fue el hijo del causante quien comunicó a la actora su fallecimiento (fls. 103 a 116 a 161, 181, 193 a 211 del archivo 03 de la carpeta 01, carpeta 04 y archivo 09).

Así las cosas, se encuentra acreditada una convivencia de 18 años y 5 meses, sin que tal circunstancia se vea menoscabada por la investigación realizada por Cosinte Ltda. a nombre de la demandada, en donde se estableció que no se presentó tal convivencia durante los últimos tres años de vida del causante (fls. 78 a 106 del archivo 09), como quiera que como quedó visto, el acompañamiento espiritual y de apoyo mutuo perduró

durante el lapso anunciado, y si bien el demandante falleció en un país distinto y se vio desprovisto del acompañamiento de compañera permanente en el último lapso de su vida, lo fue con ocasión a la pandemia generada por el covid-19 que no le permitió viajar y estar con él de forma física, no obstante, con el demás acervo probatorio se encuentra que efectuó actos para ejecutar tal acompañamiento, como lo es la compra de tiquetes, la comunicación con el hijo del causante, y la terminación de su contrato de arrendamiento con el fin de irse para España, por demás que pese a que el actor se ausentó en tal periodo, se observa que en ningún momento dejó de asistir a la demandante a quien le brindaba apoyo económico y que la demandante siguió pendiente de su estado de salud a través de su hijo.

Lo dicho, tiene su fundamento en CSJ SL3813-2020 y CSJ SL803-2022, quien ha establecido que *“la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”*.

En tales condiciones, se considera acertado el reconocimiento efectuado por la A Quo a favor de la accionante, por lo que en tal sentido se confirmará la sentencia.

Fecha de Reconocimiento, Mesadas, Valor de la Mesada Pensional, y Prescripción.

En juicio está acreditado que el causante falleció el 15 de junio de 2020, por lo que le asiste razón a la A Quo al reconocer la prestación pensional a partir de tal calenda; igualmente, es acertada la decisión de reconocer la misma cantidad de mesadas y la pensión en igual cuantía que tenía el causante, pues este al ostentar la calidad de pensionado, es dable

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2021-00308 -01.

Demandante: **YULI CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

la sustitución de la prestación a favor de la actora, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

En cuanto a la prescripción, ciertamente dicho fenómeno no acaeció, dado que incluso se demandó dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho- 15 de junio de 2020-, esto es, el 25 de mayo de 2021 (archivo 01 de la carpeta 01).

Indexación.

A favor del actor se deben pagar las mesadas pensionales debidamente indexadas tal y como lo dispone la *A Quo*, al verse estas sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Lo dicho, de conformidad con las sentencias CSJ SL194-2019, CSJ SL3397-2020 y CSJ SL359-2021.

Costas y Agencias en Derecho de Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de la U.G.P.P. se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga.

En cuanto al valor de las agencias en derecho se rememora que no es la etapa procesal para impugnar su valor, recuérdese que es apelable el auto que resuelve sobre la objeción de la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho según lo dispone el numeral 11 del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la U.G.P.P.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

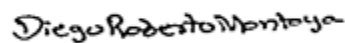
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la U.G.P.P.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

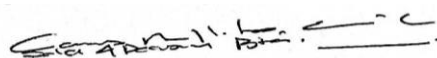
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2021-00308 -01.

Demandante: **YULI CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

AUTO

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$650.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00404 -01.

Demandante: **CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO.**

Demandado: **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

AUTO

ACEPTAR la renuncia de poder presentada por la Dra. Daniela Amezquita Vargas identificada con C.C. 1.070.613.799 de Girardot y T.P. 319.924 del C.S.j, como apoderada de MÉDICOS ASOCIADOS S.A. por encontrarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO** adelanta contra **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo durante 30 años y 3 meses; que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de su empleador; y que su contrato fue suspendido ilegalmente del 01

de septiembre al 31 de diciembre de 2020. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa; salarios, cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios de septiembre a diciembre de 2020; indemnización moratoria; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Laboró del 01 de septiembre de 1990 al 31 de diciembre de 2020 como Médico, inicialmente de urgencia, y luego como Ayudante Quirúrgico; **2)** En sus últimos años de servicios prestaba servicios de urgencias en la Clínica Fundadores; **3)** Devengaba \$5'275.660; **4)** A mediados de 2018, la demandada cesó sus actividades en las clínicas Fundadores y Federmán, disponiendo su traslado el 04 de abril de 2019 y estableciendo que desempeñaría el cargo de Médico Auditor de Glosas; **5)** El 31 de agosto de 2020 le fue comunicada la suspensión de su contrato de trabajo sin solicitarse ningún tipo de autorización del Ministerio de Trabajo; **6)** Para el momento en que se alegó la suspensión ya había sido superada la pandemia por Covid 19, por demás que las instituciones hospitalarias no tuvieron ningún tipo de restricción; y **7)** El 23 de diciembre de 2020 se comunicó la terminación de su contrato de trabajo a partir del 31 del mismo mes y año, invocándose la terminación del objeto del contrato al no ser requerido su cargo, así como la finalización en la prestación de servicios de salud en las clínicas antes mencionadas.

2. Respuesta a la Demanda.

MÉDICOS ASOCIADOS S.A. (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, sus extremos temporales, y las clínicas donde se prestó el servicio por parte del actor; el traslado del actor en abril de 2019 para que desempeñara las funciones de Médico Auditor de Glosas; la suspensión del contrato entre septiembre y diciembre de 2020; y la terminación del contrato de trabajo.

Expuso que pagó la totalidad de acreencias laborales a su cargo; que el 02 de noviembre de 2018 se ordenó el cierre parcial varios servicios, por lo que ante esta situación se decidió no volver a abrir tales servicios previa orden de la Secretaria de Salud de Bogotá quien estipuló su cierre definitivo; que la suspensión de los servicios se hizo previa solicitud al Ministerio de Trabajo; y que la terminación del vínculo fue consecuencia de la extinción de las razones de su objeto del contrato.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y MÉDICOS ASOCIADOS S.A. EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente de 1° de septiembre de 1990 al 31 de diciembre de 2020, por virtud del cual desempeñó como último cargo el de MÉDICO AUDITOR DE GLOSAS, percibiendo como ultima asignación salarial la suma de \$4'699.890.

SEGUNDO: DECLARAR que fue ilegal la declaratoria de suspensión del contrato trabajo aducida por la demandada respecto del demandante para el lapso comprendido entre 31 de agosto y el 31 de diciembre de 2020.

TERCERO: CONDENAR a MÉDICOS ASOCIADOS S.A. EN LIQUIDACIÓN, a pagarle al demandante, las sumas de dinero que se indican, por los siguientes conceptos:

- a- \$18.956.223 por salarios
- b- \$1'579.685 por auxilio de cesantías.
- c- \$1'579.685 por primas de servicios.
- d- \$63.714 por intereses a las cesantías.
- e- \$32'599.840 por indemnización por despido sin justa causa
- f- \$112'797.330 por indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Teniendo en cuenta que procede en favor del demandante, el reconocimiento de sumas por intereses de cesantías y por indemnización por despido sin justa causa. Los valores respectivos deberán ser indexados tomando para el efecto el I.P.C. certificado por el D.A.N.E., de acuerdo con la fórmula: (INDICE FINAL/ INDICE INICIAL) x VALOR HISTORICO (valor de cada condena) = VALOR INDEXADO. Así, como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al mes de diciembre de 2020 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada.

CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del proceso; se declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3'000.000, en favor del demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo; que dicho contrato lo fue a término fijo y fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2020; que la suspensión no se ajusta a los preceptos legales, ya que si bien se alegó un

caso fortuito o fuerza mayor en virtud de la pandemia generada por el Covid 19 y la situación económica de la empresa, lo cierto es que el Estado de Emergencia Económica deviene de marzo de 2020 y se alegó tal suspensión hasta agosto del mismo año, por lo que no se encuentra debidamente demostrado tal nexo, pues no se precisa las funciones que debían ser suspendidas; que por lo anterior, se debió acudir a la suspensión en virtud de la situación económica de la empresa previo permiso del Ministerio de Trabajo; que conforme a lo dicho, hay lugar a los salarios y las prestaciones dejadas de pagar durante la suspensión alegada, más aún cuando el escenario de la salud estuvo activo durante la aludida pandemia; que no opera el fenómeno prescriptivo, puesto que se demandó dentro de los tres años contados desde la exigibilidad de cada acreencia laboral que se reconoce; que es posible reconocer indemnización por despido sin justa causa, dado que la causa de terminación giró en torno a la desaparición del objeto de las funciones que prestaba el actor, sin embargo, esto no comporta una justa causa y no podía echarse mano de lo dispuesto en el artículo 47 del C.S.T., puesto que se estaba frente a un contrato a término fijo y los supuestos que allí se mencionan alude a contratos a término indefinido; que por lo dicho, se debe reconocer indemnización por despido sin justa causa, la que se debe liquidar conforme a los salarios faltantes para cumplir el término estipulado; que hay lugar a sanción moratoria, puesto que no se evidencian razones de buena fe para eximir de tal indemnización, debiéndose en todo caso reconocer esta hasta el mes 24, ascendiendo a tal data a la suma de \$112'797.330; que no hay lugar a indexación pues se subsume en la indemnización moratoria, con excepción de la indemnización por despido sin justa causa e intereses a las cesantías.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que por decisión de la demandada el contrato se modificó a término indefinido, por lo que se debió liquidar la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta tal modalidad contractual.

Por su parte, **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.** adujo que se informó en debida forma la suspensión del contrato de trabajo, pues la labor que venía realizando el demandante no era la misma de cuando inició la relación

contractual, actividad que no era de carácter asistencial sino administrativo, por lo que persistía la restricción en la prestación de tal servicio; que no es dable imponer indemnización por despido sin justa causa, pues se comunicó en debida forma y se alegó la no existencia de la labor, lo que se encontraba en el reglamento interno de trabajo que era de conocimiento del actor; y que no se debe imponer indemnización moratoria, puesto que a la hora de terminar el contrato se pagaron las acreencias y sólo con la sentencia se dio prelación a estas y se impuso indemnización por despido sin justa causa.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Qué modalidad contractual rigió la relación laboral?, ¿Era posible que el empleador acudiera a la figura de la suspensión del contrato de trabajo del demandante por encontrarse presuntamente en una situación de fuerza mayor o caso fortuito?, ¿se incurrió en una justa causa de despido y esta se debe liquidar como un contrato a término indefinido? y, ¿es dable el reconocimiento de indemnización moratoria?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Modalidad Contractual.

No existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 01 de septiembre de 1990 al 31 de diciembre de 2020; no obstante, consideró el A Quo que la modalidad de la relación contractual estuvo regida mediante un contrato a término fijo; al respecto, se avizora a folios 75 y 76 del archivo 07 que entre las partes se celebró un contrato a término fijo, sin embargo, el mismo empleador mediante certificación del 19 de junio de 2018 dispuso que era a término indefinido, lo que también se puede avizorar en la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fls. 17 y 21 del archivo 01), por lo que ciertamente es dable considerar que en algún momento dicha modalidad cambió.

Frente a las certificaciones emitidas por el empleador en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 se ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida; no obstante, no se desplegó ninguna actividad probatoria para desvirtuar lo narrado en la constancia aludida.

Así, es dable considerar que la modalidad contractual que rigió el contrato de las partes lo era a término indefinido, por manera que se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia, en tal sentido.

De la Suspensión del Contrato de Trabajo.

La figura de la suspensión del contrato de trabajo tiene como finalidad evitar una terminación definitiva del contrato de trabajo cuando sobrevienen causas que impiden transitoriamente su cumplimiento, permitiendo que el contrato modifique sus efectos, sin afectar su existencia. En otros términos, la suspensión permite que, en momentos de crisis del contrato - que podrían

llevar a su terminación- se opte por soluciones que permitan mantener el vínculo jurídico derivado de la relación laboral.

Al respecto, el artículo 51 del C.S.T. establece que el contrato de trabajo se suspende, por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución; por muerte o la inhabilitación del empleador, cuando este sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo; por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria; por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar; por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho días por cuya causa no justifique la extinción del contrato; y por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.

En lo atinente a los efectos jurídicos de la suspensión, el artículo 53 *ejusdem* establece que estos consisten principalmente en: **i)** la interrupción para el trabajador de la obligación de prestar el servicio personal para el cual fue contratado, **ii)** la interrupción para el empleador de la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales, **iii)** la obligación del empleador de asumir las obligaciones ya surgidas con anterioridad a la suspensión o las que le correspondan al trabajador por muerte o por enfermedad (la afiliación a seguridad social en salud y pensiones) y; **iv)** el hecho que los periodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

En igual sentido, el artículo 412 del C.S.T. señala que “*las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial*”, por lo que de la lectura armónica de tal norma con el artículo 51 *ejusdem*, es dable colegir que para ser suspendido un contrato de trabajo, el empleador no necesita autorización del Ministerio de Trabajo ni requiere intervención judicial previa, a menos que exista una suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en

parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador; luego, la interpretación de ambas normas permite concluir que, en principio, no se requiere de intervención administrativa o judicial para suspender el contrato de trabajo, por el contrario, es un acto que puede ejecutar el empleador de forma autónoma e independiente, con excepción de la causal aludida.

Ahora bien, la demandada fundamenta la suspensión del contrato de trabajo en una situación de fuerza mayor impidió que temporalmente se ejecutara el contrato de trabajo; ello, con base en la pandemia generada por el virus Sars Cov-2 o Covid-19.

Al punto, es necesario advertir que el estatuto sustantivo laboral no define de manera expresa qué es la fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral, ocupándose solamente de definir sus efectos, por lo que es dable acudir a la normatividad civil, la que dispone en el artículo 64 del C.C. que la fuerza mayor o caso fortuito es *“el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”*.

Sobre el tópico, H. Corte Constitucional en sentencia SU-449 de 2016, señaló que *“Se ha dicho que la **fuerza mayor** es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El **caso fortuito**, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”*.

Por su parte, CSJ 07 de junio de 1963 (Publicada en Gaceta Judicial: Tomo CII, n.º 2267, pág. 482-488), estableció que *“Aunque por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se atribuye a fenómenos de corta duración, en el Derecho Laboral, que tiende a asegurar la estabilidad del trabajador, no cabe excluir la posibilidad de que ciertos hechos, imprevisibles en su aparición y a los que no es dable resistir, impidan, durante un tiempo más o menos prolongado, la ejecución del contrato, si que en ello intervenga*

la voluntad de las partes. Tal sería, por ejemplo, entre nosotros la especie de guerra civil que agobió durante algún tiempo varias comarcas del país, o el bandolerismo, cuando éste se presenta súbitamente en regiones antes no afectadas por él y perdura allí a lo largo de semanas y aun de meses”.

En el mismo sentido, dicha corporación ha manifestado que “*En materia laboral para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito como causa que libere al patrono de cumplir sus obligaciones contractuales o legales, es menester no solo que el hecho constitutivo de tal fuerza sea imprevisible, sino que además que lo coloque en absoluta imposibilidad de atender tales obligaciones y tener la característica de temporal o pasajera*” (CSJ, SCL, 1987, Sentencia del 02 de diciembre) sostuvo que:

Posteriormente, determinó que no basta con aducir una razón particular como fuerza mayor o caso fortuito y por el contrario, le corresponde al empleador demostrar que el hecho imprevisible, irresistible e inimputable, impide efectiva y temporalmente la ejecución del contrato de trabajo, posición que se mantiene incólume (CSJ Rad. 42059 de 2012; CSJ Rad 46825 de 2012; CSJ SL1037-2021; y CSJ SL 660 de 2021)

En cuanto a la diferencia de la causal por fuerza mayor y la suspensión del contrato por clausura temporal de actividades de la empresa, CSJ Rad. 4246 del 23 de mayo de 1991 estableció que el caso fortuito o fuerza mayor se genera por un imprevisto que sobreviene en forma súbita e impide temporalmente la ejecución material del contrato; que la ley no le señala un límite máximo en el tiempo como motivo de la suspensión, de manera que el caso fortuito puede ocasionar la suspensión indefinida del contrato de trabajo; que la suspensión de actividades de la empresa obedece a razones de orden técnico o económico, independientes de la voluntad del empleador y no supone la imposibilidad material de desarrollar la relación de trabajo, cosa que si sucede en el evento de la fuerza mayor; que la clausura temporal de la empresa sólo puede extenderse hasta por 120 días, de acuerdo con la norma citada, pues si excede de dicho lapso deviene en terminación del vínculo laboral; y que para efectuar la suspensión temporal de actividades, la empresa debe solicitar autorización del Ministerio del

Trabajo y avisar a los trabajadores, lo cual no procede en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

De igual manera se explica en tal sentencia que el caso fortuito o fuerza mayor como motivo de suspensión del contrato puede significar en la práctica la clausura temporal de la empresa, pero este tipo de cierre temporal, por su origen, no es jurídicamente igual al previsto por el numeral 3° del artículo 51 del C.S.T.; y que si por el caso fortuito confluyen circunstancias de orden técnico o económico que impidan la reapertura de la empresa originalmente prevista y el empleador solicita permiso al Ministerio del Trabajo para una clausura temporal o definitiva, si se obtiene la autorización, cesaría el caso fortuito como causal de suspensión del contrato de trabajo y este vínculo quedaría sujeto a la decisión ministerial.

Ahora bien, y en lo referente a la crisis sanitaria y los efectos económicos con ocasión de la aparición del virus COVID- 19, se tiene que el Ministerio de Salud y de la Protección Social promulgó la Resolución 385 de 2020, prorrogada a través de las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222 del 25 de febrero de 2021; a la par, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se realizó la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental, con el fin de hacer uso de facultades extraordinarias para conjurar tal situación; y luego, el 22 de marzo de 2020 profirió el Decreto 457 a través del que se que actividades podían tener libre circulación, lo que se fue ampliando paulatinamente mediante los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, y 1076 de 2020.

De esta manera, ciertamente el panorama generado por la pandemia ocasionado por el Covid- 19 por regla general no permitió en virtud de la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental la libre circulación; no obstante, tal circunstancia se fue conjurando gradualmente, permitiendo que diversas empresas siguieran prestando sus servicios.

En el caso de marras, encontramos que según certificado y existencia y representación del 04 de mayo de 2021, para tal fecha la demandada tenía por objeto social la prestación de servicios médicos integrales ambulatorios,

extramurales o domiciliarios, hospitalarios, clínicos o quirúrgicos de baja, media y alta complejidad, la venta y comercialización artículos tales como, medicamentos, insumos, accesorios, entre otras similares relacionadas con área de la salud (fls. 24 a 46 del archivo 01); empresa que sólo entró en liquidación por escritura pública 3258 del 29 de diciembre de 2021 (fls. 36 a 55 del archivo 07).

Igualmente, allega la demandada documental que da cuenta que el 31 de mayo de 2019, la Secretaría de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá informó que en las clínicas donde prestaba sus servicios médicos – Federman y Fundadores- se imponía la clausura temporal de sus servicios, por no garantizarse lo dispuesto en la Resolución 2003 de 2014, tener un patrimonio por encima del 50% del capital (fls. 1 a 35 del archivo 07).

Así, si bien MÉDICOS ASOCIADOS S.A. tenía una restricción en la prestación de sus servicios en las clínicas Federman y Fundadores, no es menos cierto que esta era temporal, y podía seguir ejecutando su objeto social, pues en ningún momento este se reformó o modificó en razón de tal decisión administrativa, entrando la demandada en estado de liquidación sólo hasta diciembre de 2021, como quedo visto en precedencia. En todo caso, entre las partes no fue objeto de controversia y se acreditó que el 04 de abril de 2019, a raíz de los anteriores sucesos, el demandante pasó a prestar sus servicios como Médico Auditor de Glosas (fl.23 del archivo 01).

Aclarado lo anterior, la Sala se remite al numeral 30 del Decreto 531 del 13 de abril de 2020, en donde se observa que se permitió el derecho de circulación de personas que prestaran sus servicios en actividades de salud, por lo que, a partir de tal data no era dable considerar que se estaba frente a un caso de fuerza mayor, pues pese al cambio de cargo del demandante, la demandada podía seguir ejecutando su objeto social, máxime si se tiene en cuenta que en el Decreto 1076 de 2020, vigente para la época de la suspensión del contrato – 31 de agosto de 2020- no se había impuesto ningún tipo de restricción para la prestación de tales servicios.

Así las cosas, y como quiera que la suspensión del contrato de trabajo se comunicó el 31 de agosto de 2020 (fls.18 y 19 del archivo 10), considera

la Sala que esta era infundada y como consecuencia, que no era factible alegar tal figura para abstenerse de efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, pues como quedó visto para la empresa era posible seguir prestando sus servicios.

Despido Sin Justa Causa y su Liquidación.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

En el caso, se demostró que el contrato de trabajo entre las partes finiquitó por cuanto MÉDICOS ASOCIADOS S.A. cesó sus laborales y dejó de generar ingresos desde 2018, de modo que desaparecieron las razones de la contratación del demandante (fl.20 del archivo 01).

Al punto, se rememora que el contrato de trabajo puede ser terminado, ya sea por pacto expreso entre las partes, o por una disposición legal, por una justa causa por cualquiera de las partes, o unilateralmente. En relación, con la causa legal de terminación, el artículo 61 del C.S.T. contempla diferentes causales para dar finiquito a un contrato de trabajo, lo que significa que en tales circunstancias la relación laboral termina sin necesidad de que una de las partes haya incumplido, la terminación obedece a una disposición legal, y no es consecuencia de una decisión o comportamiento de las partes, como lo es, la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, frente a lo que en todo caso se

debe solicitar permiso del Ministerio del Trabajo e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho.

En todo caso, CSJ SL5136-2019 aclaró que aun cuando se cuente con permiso del Ministerio del Trabajo, el despido seguiría siendo injusto, pues la situación económica de la empresa no representa una justa causa de despido; por tanto, la causal alegada por el empleador no lo eximía del reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa.

Igualmente, y si el querer de la demandada era acudir a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 47 del C.S.T., esto es, que desaparecieron las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, ello tampoco eximía al empleador del pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 *ejusdem*, puesto que sólo las justas causas de terminación de la relación laboral están contempladas en el artículo 62 *ejusdem* (CSJ SL675-2021).

Por tanto, es dable imponer la indemnización por despido sin justa causa, sin embargo, al estarse frente a un contrato de trabajo a término indefinido esta se debió calcular según los parámetros de dicha modalidad contractual. En tal sentido, y dado que no existió controversia frente al salario declarado, \$4'699.890, se debió reconocer la suma de **\$96.608.850**, según las siguientes operaciones aritméticas de rigor:

- 1° año (30 días): \$4'699.890.
- 2° a 30° años (20 días x 29): \$90'864.540.
- Fracción (6,67 días): \$1'044.420
- Total: \$96'608.580

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el literal e) del numeral tercero** a fin de establecer al valor aludido por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Sanción Moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, la Sala Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que no existe duda en la imposición de dicha sanción, puesto que se alegó una presunta suspensión del contrato de trabajo pese a que el objeto social de la empresa demandada fue precisamente el más relevante en la pandemia generada por el Covid 19, esto es, el de la salud; por lo que en tal sentido alegar fuerza mayor o caso fortuito no se ajusta a parámetros de buena fe; por ende, y no siendo más las razones de la impugnación, la imposición de tal sanción en los términos expuestos por el A Quo se confirmará.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00404 -01.

Demandante: **CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO.**

Demandado: **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que la modalidad contractual que rigió el contrato de trabajo de las partes lo fue **término indefinido**.

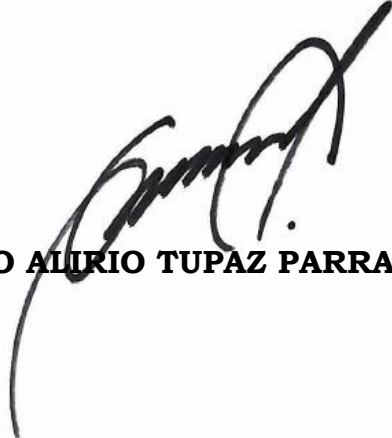
SEGUNDO. – **MODIFICAR el literal e) del numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de **indemnización por despido sin justa causa** se debe pagar la suma de **\$96'608.580**.

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

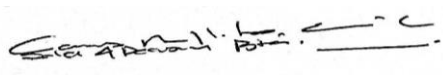
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00404 -01.

Demandante: **CARLOS ALBERTO ACERO CASTRO.**

Demandado: **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**

AUTO

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00422 -01.

Demandante: **ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO.**

Demandado: **ROSA CASTELLANOS RODRÍGUEZ Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 27 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **ROSA CASTALLENOS RODRÍGUEZ y CARLOS ENRIQUE ZAPATA GARCÍA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de junio de 1986 hasta el 15 de noviembre de 2020; que la relación laboral finalizó de forma unilateral y sin justa causa; y que la no prestación del servicio obedece a su empleador. Como consecuencia de lo anterior, pretende indemnización por despido sin justa causa, vacaciones, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías con su sanción por falta de pago, prima de servicios, sanción moratoria, aportes a pensión, e indexación.

Demandante: **ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO.**

Demandado: **ROSA CASTELLANOS RODRÍGUEZ Y OTRO.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 01 de junio de 1986 entre José Esteban Cárdenas, su esposo, y los demandados se inició una relación laboral para prestar la labor de oficios varios en el condominio Cerros de Iguaque en Villa de Leiva- Boyacá; **2)** Consecuencia de lo anterior, fue contratada para desempeñar labores domésticas en el inmueble aludido, desempeñando funciones de cuidado del jardín, caballos, aseo general, muestra del predio a posibles compradores y en general velar por su mantenimiento; **3)** Ejecutaba su labor de manera personal y siguiendo instrucciones de los demandados; **4)** Laboraba en promedio tres días a la semana entre ocho y doce horas diarias; **5)** Su último salario mensual promedio fue de \$600.000 a razón de \$50.000 diarios; **6)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende ni fue afiliado a seguridad social en pensiones; y **7)** Los demandados vendieron su finca, por lo que, a partir del 15 de noviembre de 2020 dejó de prestar sus servicios.

2. Respuesta a la Demanda.

Los **demandados** se opusieron a las pretensiones de la demanda, propusieron las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 13).

Aceptaron la relación laboral que sostuvieron con José Esteban Cárdenas; que esporádicamente la actora les prestó servicios, y estos fueron debidamente pagados; y que no pagaron ningún tipo de acreencia laboral a favor de la demandante.

Adujeron que la demandante se instaló junto con su esposo en la casa que tenían en Villa de Leyva; que las veces que les colaboró la accionante no estuvo sujeta a ningún tipo de subordinación ni cumplimiento de horarios; que la actora prestaba sus servicios en varias casas del condominio; y que sus visitas al condominio durante los cuatro años anteriores a 2020 fueron muy escasas, puesto que el señor Zapata García padecía de un carcinoma que le impedía trasladarse constantemente, por demás que necesitaba cuidados que le eran suministrados en Bogotá.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad de la forma por periodo comprendido entre el 15 de enero de 1987 y que estuvo vigente hasta el 15 de noviembre de 2016, prestando sus servicios en media jornada laboral y con una asignación salarial correspondiente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a los demandados al pago a favor de la demandante del cálculo actuarial por las cotizaciones del sistema general de seguridad social en pensiones en el fondo que la actora manifieste su voluntad de efectuarse dichas cotizaciones por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 1987 y el 15 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta para su liquidación por parte del fondo o lo correspondiente a medio salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la acción y respecto a las mismas declarar demostradas la excepción de prescripción propuestas por esta parte demandada.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, para el efecto se fija como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV para el año 2022.

Para arribar a la anterior decisión, señaló del acervo probatorio recolectado que la actora les prestaba un servicio doméstico a los demandados, sin que se hubiera desvirtuado el elemento de la subordinación, por demás que las reglas de la experiencia enseñan que dichas actividades se ejercen bajo supervisión y control del empleador; que está acreditado que la actora empezó a prestar sus servicios el 15 de enero de 1987, no obstante, de las declaraciones de los testigos es dable colegir que desde el 15 noviembre de 2016, no se vio a la actora prestando sus servicios a favor de los demandados; que según lo señalado por la actora su horario únicamente era media jornada; que no existe prueba del salario, por lo que, se tendrá el mínimo legal, siendo a media jornada, la mitad de dicho salario mínimo legal; que operó el fenómeno prescriptivo de las acreencias laborales pretendidas, con excepción de los aportes a pensión, por cuanto la demanda se presentó hasta el 27 de agosto de 2021 y la relación laboral finalizó el 15 de noviembre de 2016; y que los aportes a pensión se deben pagar mediante cálculo actuarial.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que si bien es cierto luego del 15 de noviembre de 2016, los demandados asistían de forma mínima a su predio, no es menos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00422 -01.

Demandante: **ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO.**

Demandado: **ROSA CASTELLANOS RODRÍGUEZ Y OTRO.**

cierto que la demandante era la encargada del mantenimiento del predio y del pago de los servicios públicos, tanto así que se anexas estas facturas, evidenciándose una de 2020.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer como extremo final de la relación laboral el 15 de noviembre de 2020?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Contrato de Trabajo. Extremos Temporales.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de

este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

En igual sentido y, en relación con la acreditación de los extremos temporales CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora. En todo caso, en caso de no acreditarse los mismos extremos temporales anunciados en la demanda, el fallador de instancia cuenta con la facultad *infra o minus petita*, y en consecuencia puede reconocer el periodo de tiempo que se encontrara acreditado, siempre y cuando se encuadre en los extremos temporales pretendidos (CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL4515-2020).

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que a folios 30 a 39 del archivo 01 se allegaron facturas de servicios públicos del Condominio Cerros de Iguaque en Villa de Leyva, no obstante, de estos no se logra colegir que hubiese sido la demandante quien pagaba los mismos ni que ello lo hiciera en su condición de empleada doméstica; asimismo, se allegaron fotos, no obstante, estas no se logra establecer con certeza ningún tipo de servicio prestado, así como tampoco las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se tomaron, para determinar con ellas, la existencia de la prestación de un servicio (fls. 40 a 45 del archivo 01).

De igual manera, de los testigos comparecientes no es posible extraer que los servicios prestados por la demandante se extendieron más allá del 15 de noviembre de 2016, puesto que Santiago y Constanza Zapata fueron claros en manifestar que en el año 2016 el señor CARLOS ENRIQUE ZAPATA GARCÍA, su padre fue declarado desahuciado, por lo que, desde esa fecha sus padres dejaron de viajar a Villa de Leyva; que las pocas veces que iba ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO sólo pasaba a saludarlos; y que a partir del año 2016 no utilizaron los servicios de la actora.

En igual sentido, Blanca Garavito Suarez, Jaime Riascos y Virginia Petano Franco adujeron que únicamente vieron a la accionante prestando labores como portera del condominio, pero no servicios de aseo ni como empleada doméstica de los demandados

Por su parte, la testigo Rosa Morales señaló someramente que ña actora trabajó hasta que los demandados vendieron la finca, pero que no recordaba bien; y que desde hace seis o siete años pusieron una cerca y no alcanzó a ver bien si la actora se dirigía para el condominio de los demandados. En igual sentido, María Cecilia Sierra únicamente hizo alusión a que la actora ejecutaba una labor de ordeño de vacas y de ayuda a su esposo, así como que trabajaba para otras familias y que hace como cuatro años laboraba en Portería; y Ruperto Camargo si bien señaló que la actora prestaba servicios en la casa de Villa de Leyva de los demandados, adujo que laboró sólo cinco años, y que en el año 2004 -2005 volvió a la finca y vio a la actora y a su esposo trabajando.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00422 -01.

Demandante: **ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO.**

Demandado: **ROSA CASTELLANOS RODRÍGUEZ Y OTRO.**

Por tanto, de ninguno de los testigos aludidos es dable establecer que la relación laboral que fue declarada en primera instancia se extendió más allá del 15 de noviembre de 2016, por lo que, ante la insuficiencia probatoria en tal aspecto, no queda otro camino que CONFIRMAR la providencia impugnada.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancias a cargo de la parte actora.

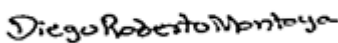
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

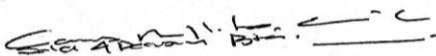
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00422 -01.
Demandante: **ROSA ELVIRA LUIS ROBERTO.**
Demandado: **ROSA CASTELLANOS RODRÍGUEZ Y OTRO.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA