

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA** 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 y/o ineficacia” de su afiliación a Colfondos S.A., realizada el 29 de marzo de 1995.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses; y a esta última a recibirla nuevamente como su afiliada.

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 07), se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 04), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, 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 de la demandante señora CLARA MARCELA SUAREZ MENDOZA, identificada con la C.C. No 23.556.418, a través del fondo privado COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en precedencia.
SEGUNDO:	ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora CLARA MARCELA SUAREZ MENDOZA, identificada con la C.C. No 23.556.418 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento
TERCERO:	ORDENAR a COLFONDOS S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora CLARA MARCELA SUAREZ MENDOZA, identificada con la C.C. No 23.556.418 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

CUARTO:	DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.
QUINTO:	DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.
SEXTO.	Sin costas para las partes en la presente instancia.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, indicó que el problema que puede generar el traslado de afiliados que, excusándose en la presunta falta al deber de información de las AFP, pretenden acceder a una prestación en el régimen de prima media cuando no han guardado fidelidad al sistema, siendo importante tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y citó la sentencia de la Corte Constitucional C-242 del 2009.

Luego, señaló que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en el RPM y la carga que generaría en los demás afiliados soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante quien no ha construido un derecho pensional en el RPM.

Mencionó que la demandante no acreditó los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no acreditó ni la edad ni los años de servicios, que Colpensiones no ha cometido yerro alguno porque la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal que la imposibilita pertenecer al RPM y en ese sentido no hay lugar al traslado de régimen pensional.

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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

las partes para alegar, el cual fue utilizado por la demandante y por Colpensiones.

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 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 03 de agosto de 1990 presenta aportes a tal régimen (fls. 67 archivo 01 y 270 archivo 09), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 29 de marzo de 1995 (fl. 32 archivo 01 y 21 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 32 del archivo 01 y 21 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de marzo de 1995 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 Suárez Mendoza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de marzo de 1995) 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).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que la 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 o si es o no beneficiario del régimen de transición, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

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 CSJSL 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, como lo anota la recurrente, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 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 **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 (CSJ SL1689-2019 y CSJ 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** el numeral 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones**; 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. 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.

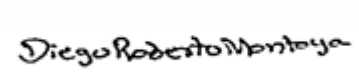
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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.

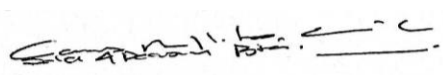
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA** 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 y/o ineficacia” de su afiliación a Colfondos S.A., realizada el 29 de marzo de 1995.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses; y a esta última a recibirla nuevamente como su afiliada.

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 07), se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 04), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, 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 de la demandante señora CLARA MARCELA SUAREZ MENDOZA, identificada con la C.C. No 23.556.418, a través del fondo privado COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en precedencia.
SEGUNDO:	ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora CLARA MARCELA SUAREZ MENDOZA, identificada con la C.C. No 23.556.418 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento
TERCERO:	ORDENAR a COLFONDOS S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora CLARA MARCELA SUAREZ MENDOZA, identificada con la C.C. No 23.556.418 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

CUARTO:	DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.
QUINTO:	DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.
SEXTO.	Sin costas para las partes en la presente instancia.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, indicó que el problema que puede generar el traslado de afiliados que, excusándose en la presunta falta al deber de información de las AFP, pretenden acceder a una prestación en el régimen de prima media cuando no han guardado fidelidad al sistema, siendo importante tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y citó la sentencia de la Corte Constitucional C-242 del 2009.

Luego, señaló que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en el RPM y la carga que generaría en los demás afiliados soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante quien no ha construido un derecho pensional en el RPM.

Mencionó que la demandante no acreditó los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no acreditó ni la edad ni los años de servicios, que Colpensiones no ha cometido yerro alguno porque la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal que la imposibilita pertenecer al RPM y en ese sentido no hay lugar al traslado de régimen pensional.

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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

las partes para alegar, el cual fue utilizado por la demandante y por Colpensiones.

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 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 03 de agosto de 1990 presenta aportes a tal régimen (fls. 67 archivo 01 y 270 archivo 09), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 29 de marzo de 1995 (fl. 32 archivo 01 y 21 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 32 del archivo 01 y 21 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de marzo de 1995 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 Suárez Mendoza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de marzo de 1995) 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).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que la 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 o si es o no beneficiario del régimen de transición, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

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 CSJSL 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, como lo anota la recurrente, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 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 **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 (CSJ SL1689-2019 y CSJ 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** el numeral 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00319 01.

Demandante: **CLARA MARCELA SUÁREZ MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones**; 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. 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.

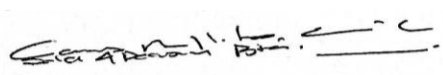
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00564 01

Demandante: **ULISES CASADIEGO CASTELLANOS**

Demandado: **UGPP**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Sustanciador: Gustavo Alirio Tupaz Parra.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por **ULISES CASADIEGO CASTELLANOS** y la **UGPP**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de septiembre del 2022 dentro del proceso ordinario laboral que promueven los recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida mediante Resolución No. RDP 009395 del 2019, bajo los parámetros del Decreto 1730 de 2001.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de la suma de \$30.873.271, la indexación de dicha suma y el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los siguientes hechos:

1) Nació el 20 de abril de 1956; **2)** Laboró para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en el cargo de mecánico taller desde el 14/03/1978 hasta el 30/06/1995 y los aportes de ese lapso de tiempo fueron pagados a Cajanal, para un total de 889.9 semanas; **3)** Cuenta con 62 años de edad y no posee un ingreso que le permita vivir dignamente; **4)** Mediante Resolución RDP 009395 del 20/03/2019, se le reconoció y ordenó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por valor de \$11.168.590; **5)** No cumple con los parámetros legales del artículo 30 del Decreto 1730 de 2001 que establece la forma de liquidar la cuantía de dicha indemnización; **6)** A través de su apoderado judicial, el 17 de junio de 2019, interpuso reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sin haber obtenido respuesta a la fecha de presentación de la demanda.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la demanda

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos (archivo 04).

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción; principalmente, expuso que no hay lugar a la reliquidación pretendida por el demandante, como quiera que los factores salariales que se deben tener en cuenta son los indicados en la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, que no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización, sino únicamente los que se encuentran en forma taxativa en dicho Decreto.

Manifestó que, en la Resolución que reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el IBL fue debidamente actualizado conforme al IPC, desde el año inmediatamente anterior em que se solicitó la prestación y precisó que en la Resolución RDP 009395 del 2019, se indicó

que para la liquidación prestacional se tuvo en cuenta el certificado de factores salariales emitido por el Instituto Nacional de Vías.

3. Providencia recurrida

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

PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar a favor del demandante Ulises Casadiego Castellanos, la diferencia generada entre el valor reconocido en el año 2019 por la UGPP mediante la resolución No. RDP 009395 del 20 de marzo de 2019 y el liquidado en esta sentencia, por valor de \$704.454 pesos, suma que deberá pagarse debidamente indexada por la UGPP a la fecha en que realice el desembolso correspondiente.

SEGUNDO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de las restantes pretensiones incoadas por el demandante señor ULISES CASADIEGO CASTELLADOS, por las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR en costas a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, las agencias en derecho se tasan en \$70.000 a favor del demandante.

CUARTO: De no ser apelada la decisión REMITIR el expediente al Tribunal a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta y se revise la legalidad de esta sentencia.

En síntesis, refirió que, los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, son los señalados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, que no contemplan todos los factores salariales certificados, sino únicamente los que se encuentran señalados de forma taxativa en dicha norma.

Señaló que, aplicada la fórmula contenida en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, realizada la reliquidación de la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta las normas reseñadas y los factores salariales indicados por estas, la liquidación arroja un total de \$11.872.954, lo que implica una diferencia de \$704.454, con el valor que aquí se reliquida, lo que solamente implica una diferencia matemática, pues la Resolución que reconoció la prestación se encuentra ajustada a derecho, pues las normas allí aplicadas son las mismas que aquí se tuvieron en cuenta.

Finalizó precisando que no se da aplicación al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues no se trata una obligación de carácter pensional, sino una indemnización sustitutiva.

4. Argumentos de las recurrentes.

La **UGPP**, expuso que, la indemnización sustitutiva reconocida al actor mediante la Resolución RDP 9395 del 2019 se ajusta a derecho, pues para para su cálculo se tuvieron en cuenta las disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001, así como el salario base conforme los factores señalados en el Decreto 1159 de 1994 y sobre los cuales cotizó el afiliado, debidamente actualizado con la variación del IPC.

Manifestó que, esa entidad toma la tasa que arroja Cromasoft del 2.27% para los periodos laborados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el 11.5% para los posteriores a dicha norma y ese porcentaje se pondera en función de la cantidad de semanas cotizadas por el actor antes y después de la entrada en vigor de la norma en comento.

Indicó que el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 dispone que, en el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va efectuar el reconocimiento no maneja separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de

que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 que es el (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir que se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

Por lo anterior, considera que efectuó en debida forma la liquidación para calcular la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por su parte, **el demandante**, indicó que la reliquidación de la indemnización de la pensión de vejez tiene una fórmula para calcularse, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2001, establecido de igual forma por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, atendiendo el promedio de los porcentajes cotizados por el señor Casadiego durante su relación laboral, debe establecerse que hasta el año 1994 había una tasa del 6.5% esto referenciado con el artículo 45 del Acuerdo 049 de 1990; que, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 su artículo 20 contempló que el aporte para el sistema de pensiones se incrementaría en un promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado al 6.5%, por lo que el SBC (salario base cotización) corresponde a \$217.635, el SC (semanas cotizadas) a 889.57 y el PPC (promedio ponderado de porcentajes de los cuales ha cotizado por riesgo) al 6.5%, lo que arroja un total de indemnización de \$30.873.000.

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, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la UGPP .

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a la UGPP.

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 a reliquidar la pensión sustitutiva de la pensión de vejez concedida al demandante por la UGPP mediante Resolución RDP 009395 del 2019?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Indemnización sustitutiva.

La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en beneficio de quienes, pese a cumplir con la edad mínima para acceder a una pensión de vejez, no hubieren cotizado el número mínimo de semanas para acceder a dicha prestación pensional y declaren su imposibilidad de seguir cotizando.

Para su cálculo, el Decreto 1730 de 2001 en su artículo 3, estableció la siguiente fórmula:

$$“(...) I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Pues bien, según Resolución RDP 009395 del 20 de marzo de 2019 (fls. 1 a 5 archivo 02, fls. 111 a 115 archivo 16), al demandante le fue reconocida, por parte de la UGPP, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$11.168.590, teniendo en cuenta los siguientes periodos laborados:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00564 01
Demandante: **ULISES CASADIEGO CASTELLANOS**
Demandado: **UGPP**

ENTIDAD LABORO	DESDE (AAAA/MM/DD)	HASTA (AAAA/MM/DD)	NOVEDAD	DIAS
MINISTERIO OBRAS PUBLICAS	19780314	19931230	TIEMPO SERVICIO	5687
INVIAS	19940101	19950630	TIEMPO SERVICIO	540

Y siguiendo los derroteros de la Ley 100 de 1993 – artículo 37, el Decreto 1158 de 1994 y la fórmula dispuesta en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

Ahora bien, atendiendo los argumentos expuestos por los apelantes, debe remitirse la Sala a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, arriba citado, en donde se establece que para calcular la indemnización sustitutiva se debe aplicar la siguiente fórmula:

$I = SBC \times SC \times PPC$, en donde
SBC = salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado,
SC = suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, y
PPC= promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de pensión por riesgo común.

Así, efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, con ayuda del Grupo Liquidador¹, se tiene que el valor a cancelar al demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, indexado al 20 de marzo del 2019, fecha en la que se profirió la Resolución 009395 del 2019 mediante la cual la UGPP le reconoció al demandante tal prestación, es la suma de **\$22.853.069**, y como quiera que a través de tal acto administrativo le fue reconocida la suma de **\$11.168.590**, por lo cual la UGPP deberá pagar la diferencia, es decir **\$11.684.479**.

Por lo antes expuesto, ha de MODIFICARSE la decisión de primer grado en tal sentido.

¹ Que incorporan y hacen parte integral de esta sentencia.

Intereses moratorios e indexación

Frente al particular, ha de tenerse en cuenta que los intereses moratorios corresponden a una sanción por el pago tardío de la prestación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos.

En el caso que ocupa nuestra atención, a los intereses moratorios deprecados no se accederá, como quiera que al demandante ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, solo que en un monto que a su juicio no se acompasa con lo que se le debe o debía pagar por este concepto, habiéndose expuesto por la UGPP en su Resolución 009395 del 20 de marzo de 2019 las razones jurídicas por las cuales otorgaron la mentada indemnización en el monto allí indicado, no encontrando la Sala que las mismas hubiesen sido caprichosas o arbitrarias, por lo que a la postre, ante la inconformidad del accionante se hacía necesario acudir a la jurisdicción ordinaria para dilucidar el asunto.

En su lugar, acertada resulta la decisión del *a quo* de ordenar la indexación de las sumas que por el presente se reconocen por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual se realizara bajo la fórmula dispuesta por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Prescripción

Al punto, la H. Corte Constitucional en sentencias como la CC T -510 de 2017, que reitera la CC T -546 de 2008, ha enseñado que es imprescriptible la indemnización sustitutiva, en tanto buscan sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, por lo que, al equipararse a un derecho pensional, su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una

vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

En igual sentido, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ STL20644-2017 y CSJ SL4559-2019, puntualizó que la indemnización sustitutiva no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica; motivo por el que es imprescriptible.

IV. COSTAS EN 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 primero de la sentencia en el sentido de establecer que el valor a pagar por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva es la suma de **\$11.684.479**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2019 00564 01
Demandante: **ULISES CASADIEGO CASTELLANOS**
Demandado: **UGPP**

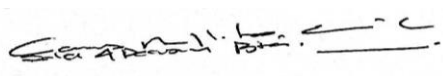
previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL			
MAGISTRADO: DR. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ			
RADICACION: 110013105007201956401			
DEMANDANTE : ULISES CASADIEGO CASTELLANOS			
DEMANDADO: UGPP			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2022 para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.			

Promedio Salarial Anual							
Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/03/78	31/03/78	30	2.313,54	77,12	\$ 2.313,54		
01/04/78	30/04/78	30	4.823,75	160,79	\$ 4.823,75		
01/05/78	31/05/78	30	5.209,34	173,64	\$ 5.209,34		
01/06/78	30/06/78	30	4.952,28	165,08	\$ 4.952,28		
01/07/78	31/07/78	30	4.755,61	158,52	\$ 4.755,61		
01/08/78	31/08/78	30	5.080,81	169,36	\$ 5.080,81		
01/09/78	30/09/78	30	5.280,58	176,02	\$ 5.280,58		
01/10/78	31/10/78	30	6.653,57	221,79	\$ 6.653,57		
01/11/78	30/11/78	30	6.076,20	202,54	\$ 6.076,20		
01/12/78	31/12/78	30	5.209,34	173,64	\$ 5.209,34		
Total días		300			\$ 50.355,02	\$ 167,85	\$ 5.035,50
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	30	6.605,02	220,17	\$ 6.605,02		
01/02/79	28/02/79	30	6.718,43	223,95	\$ 6.718,43		
01/03/79	31/03/79	30	8.007,98	266,93	\$ 8.007,98		
01/04/79	30/04/79	30	8.312,69	277,09	\$ 8.312,69		
01/05/79	31/05/79	30	5.850,91	195,03	\$ 5.850,91		
01/06/79	30/06/79	30	5.728,93	190,96	\$ 5.728,93		
01/07/79	31/07/79	30	8.370,38	279,01	\$ 8.370,38		
01/08/79	31/08/79	30	7.347,40	244,91	\$ 7.347,40		
01/09/79	30/09/79	30	7.564,46	252,15	\$ 7.564,46		
01/10/79	31/10/79	30	7.034,07	234,47	\$ 7.034,07		
01/11/79	30/11/79	30	5.085,92	169,53	\$ 5.085,92		
01/12/79	31/12/79	30	8.469,76	282,33	\$ 8.469,76		
Total días		360			\$ 85.095,95	\$ 236,38	\$ 7.091,33
Año 1980							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	31/01/80	30	7.849,80	261,66	\$ 7.849,80		
01/02/80	29/02/80	30	6.148,67	204,96	\$ 6.148,67		
01/03/80	31/03/80	30	7.538,99	251,30	\$ 7.538,99		
01/04/80	30/04/80	30	7.226,40	240,88	\$ 7.226,40		
01/05/80	31/05/80	30	7.339,74	244,66	\$ 7.339,74		
01/06/80	30/06/80	30	12.087,85	402,93	\$ 12.087,85		
01/07/80	31/07/80	30	10.280,53	342,68	\$ 10.280,53		
01/08/80	31/08/80	30	9.284,31	309,48	\$ 9.284,31		
01/09/80	30/09/80	30	6.030,90	201,03	\$ 6.030,90		
01/10/80	31/10/80	30	8.176,52	272,55	\$ 8.176,52		
01/11/80	30/11/80	30	6.030,90	201,03	\$ 6.030,90		
01/12/80	31/12/80	30	6.231,93	207,73	\$ 6.231,93		
Total días		360			\$ 94.226,54	\$ 261,74	\$ 7.852,21
Año 1981							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/81	31/01/81	30	8.587,00	286,23	\$ 8.587,00		
01/02/81	28/02/81	30	12.126,21	404,21	\$ 12.126,21		
01/03/81	31/03/81	30	19.984,13	666,14	\$ 19.984,13		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/04/81	30/04/81	30	13.461,00	448,70	\$ 13.461,00		
01/05/81	31/05/81	30	14.995,93	499,86	\$ 14.995,93		
01/06/81	30/06/81	30	14.209,00	473,63	\$ 14.209,00		
01/07/81	31/07/81	30	8.587,00	286,23	\$ 8.587,00		
01/08/81	31/08/81	30	8.587,00	286,23	\$ 8.587,00		
01/09/81	30/09/81	30	13.515,00	450,50	\$ 13.515,00		
01/10/81	31/10/81	30	12.100,36	403,35	\$ 12.100,36		
01/11/81	30/11/81	30	10.435,36	347,85	\$ 10.435,36		
01/12/81	31/12/81	30	14.030,55	467,69	\$ 14.030,55		
Total días		360			\$ 150.618,54	\$ 418,38	\$ 12.551,55
Año 1982							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
01/02/82	28/02/82	30	10.500,00	350,00	\$ 10.500,00		
01/03/82	31/03/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
01/04/82	30/04/82	30	11.250,00	375,00	\$ 11.250,00		
01/05/82	31/05/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
01/06/82	30/06/82	30	11.250,00	375,00	\$ 11.250,00		
01/07/82	31/07/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
01/08/82	31/08/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
01/09/82	30/09/82	30	11.250,00	375,00	\$ 11.250,00		
01/10/82	31/10/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
01/11/82	30/11/82	30	11.250,00	375,00	\$ 11.250,00		
01/12/82	31/12/82	30	11.625,00	387,50	\$ 11.625,00		
Total días		360			\$ 136.875,00	\$ 380,21	\$ 11.406,25
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/83	31/01/83	30	14.539,00	484,63	\$ 14.539,00		
01/02/83	28/02/83	30	13.132,00	437,73	\$ 13.132,00		
01/03/83	31/03/83	30	14.539,00	484,63	\$ 14.539,00		
01/04/83	30/04/83	30	14.070,00	469,00	\$ 14.070,00		
01/05/83	31/05/83	30	14.539,00	484,63	\$ 14.539,00		
01/06/83	30/06/83	30	14.070,00	469,00	\$ 14.070,00		
01/07/83	31/07/83	30	18.058,12	601,94	\$ 18.058,12		
01/08/83	31/08/83	30	14.539,00	484,63	\$ 14.539,00		
01/09/83	30/09/83	30	14.070,00	469,00	\$ 14.070,00		
01/10/83	31/10/83	30	16.485,75	549,53	\$ 16.485,75		
01/11/83	30/11/83	30	14.070,00	469,00	\$ 14.070,00		
01/12/83	31/12/83	30	16.485,75	549,53	\$ 16.485,75		
Total días		360			\$ 178.597,62	\$ 496,10	\$ 14.883,14
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	30	17.670,00	589,00	\$ 17.670,00		
01/02/84	29/02/84	30	18.400,63	613,35	\$ 18.400,63		
01/03/84	31/03/84	30	17.670,00	589,00	\$ 17.670,00		
01/04/84	30/04/84	30	17.100,00	570,00	\$ 17.100,00		
01/05/84	31/05/84	30	17.670,00	589,00	\$ 17.670,00		
01/06/84	30/06/84	30	17.100,00	570,00	\$ 17.100,00		
01/07/84	30/07/84	30	17.670,00	589,00	\$ 17.670,00		
01/08/84	31/08/84	30	17.670,00	589,00	\$ 17.670,00		
01/09/84	30/09/84	30	17.100,00	570,00	\$ 17.100,00		
01/10/84	31/10/84	30	17.670,00	589,00	\$ 17.670,00		
01/11/84	30/11/84	30	29.487,18	982,91	\$ 29.487,18		
01/12/84	31/12/84	30	29.099,06	969,97	\$ 29.099,06		
Total días		360			\$ 234.306,87	\$ 650,85	\$ 19.525,57
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
01/02/85	28/02/85	30	18.844,00	628,13	\$ 18.844,00		
01/03/85	31/03/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
01/04/85	30/04/85	30	20.190,00	673,00	\$ 20.190,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/05/85	31/05/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
01/06/85	30/06/85	30	25.452,00	848,40	\$ 25.452,00		
01/07/85	31/07/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
01/08/85	31/08/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
01/09/85	30/09/85	30	20.190,00	673,00	\$ 20.190,00		
01/10/85	31/10/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
01/11/85	30/11/85	30	20.190,00	673,00	\$ 20.190,00		
01/12/85	31/12/85	30	20.863,00	695,43	\$ 20.863,00		
Total días		360			\$ 250.907,00	\$ 696,96	\$ 20.908,92
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	30	25.823,00	860,77	\$ 25.823,00		
01/02/86	28/02/86	30	32.878,00	1.095,93	\$ 32.878,00		
01/03/86	31/03/86	30	59.847,00	1.994,90	\$ 59.847,00		
01/04/86	30/04/86	30	76.967,34	2.565,58	\$ 76.967,34		
01/05/86	31/05/86	30	84.505,27	2.816,84	\$ 84.505,27		
01/06/86	30/06/86	30	53.530,37	1.784,35	\$ 53.530,37		
01/07/86	31/07/86	30	83.167,68	2.772,26	\$ 83.167,68		
01/08/86	31/08/86	30	78.980,43	2.632,68	\$ 78.980,43		
01/09/86	30/09/86	30	48.180,00	1.606,00	\$ 48.180,00		
01/10/86	31/10/86	30	49.786,00	1.659,53	\$ 49.786,00		
01/11/86	30/11/86	30	48.180,00	1.606,00	\$ 48.180,00		
01/12/86	31/12/86	30	49.786,00	1.659,53	\$ 49.786,00		
Total días		360			\$ 691.631,09	\$ 1.921,20	\$ 57.635,92
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	30	61.597,00	2.053,23	\$ 61.597,00		
01/02/87	28/02/87	30	72.152,87	2.405,10	\$ 72.152,87		
01/03/87	31/03/87	30	61.597,00	2.053,23	\$ 61.597,00		
01/04/87	30/04/87	30	59.610,00	1.987,00	\$ 59.610,00		
01/05/87	31/05/87	30	61.597,00	2.053,23	\$ 61.597,00		
01/06/87	30/06/87	30	59.610,00	1.987,00	\$ 59.610,00		
01/07/87	31/07/87	30	69.065,50	2.302,18	\$ 69.065,50		
01/08/87	31/08/87	30	64.194,12	2.139,80	\$ 64.194,12		
01/09/87	30/09/87	30	80.220,18	2.674,01	\$ 80.220,18		
01/10/87	31/10/87	30	61.597,00	2.053,23	\$ 61.597,00		
01/11/87	30/11/87	30	83.236,31	2.774,54	\$ 83.236,31		
01/12/87	31/12/87	30	61.597,00	2.053,23	\$ 61.597,00		
Total días		360			\$ 796.073,98	\$ 2.211,32	\$ 66.339,50
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	30	76.694,00	2.556,47	\$ 76.694,00		
01/02/88	29/02/88	30	71.746,00	2.391,53	\$ 71.746,00		
01/03/88	31/03/88	30	82.784,25	2.759,48	\$ 82.784,25		
01/04/88	30/04/88	30	100.372,25	3.345,74	\$ 100.372,25		
01/05/88	31/05/88	30	76.694,00	2.556,47	\$ 76.694,00		
01/06/88	30/06/88	30	74.220,00	2.474,00	\$ 74.220,00		
01/07/88	31/07/88	30	74.838,50	2.494,62	\$ 74.838,50		
01/08/88	31/08/88	30	76.694,00	2.556,47	\$ 76.694,00		
01/09/88	30/09/88	30	74.220,00	2.474,00	\$ 74.220,00		
01/10/88	31/10/88	30	87.262,38	2.908,75	\$ 87.262,38		
01/11/88	30/11/88	30	74.220,00	2.474,00	\$ 74.220,00		
01/12/88	31/12/88	30	109.653,01	3.655,10	\$ 109.653,01		
Total días		360			\$ 979.398,39	\$ 2.720,55	\$ 81.616,53
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	30	95.480,00	3.182,67	\$ 95.480,00		
01/02/89	28/02/89	30	97.875,00	3.262,50	\$ 97.875,00		
01/03/89	31/03/89	30	112.261,25	3.742,04	\$ 112.261,25		
01/04/89	30/04/89	30	173.173,75	5.772,46	\$ 173.173,75		
01/05/89	31/05/89	30	104.877,50	3.495,92	\$ 104.877,50		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/06/89	30/06/89	30	92.400,00	3.080,00	\$ 92.400,00		
01/07/89	31/07/89	30	95.480,00	3.182,67	\$ 95.480,00		
01/08/89	31/08/89	30	95.480,00	3.182,67	\$ 95.480,00		
01/09/89	30/09/89	30	92.400,00	3.080,00	\$ 92.400,00		
01/10/89	31/10/89	30	95.480,00	3.182,67	\$ 95.480,00		
01/11/89	30/11/89	30	92.400,00	3.080,00	\$ 92.400,00		
01/12/89	31/12/89	30	95.480,00	3.182,67	\$ 95.480,00		
Total días		360			\$ 1.242.787,50	\$ 3.452,19	\$ 103.565,63
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	30	121.737,00	4.057,90	\$ 121.737,00		
01/02/90	28/02/90	30	109.956,00	3.665,20	\$ 109.956,00		
01/03/90	31/03/90	30	166.397,50	5.546,58	\$ 166.397,50		
01/04/90	30/04/90	30	194.783,83	6.492,79	\$ 194.783,83		
01/05/90	31/05/90	30	162.937,56	5.431,25	\$ 162.937,56		
01/06/90	30/06/90	30	117.810,00	3.927,00	\$ 117.810,00		
01/07/90	31/07/90	30	168.497,50	5.616,58	\$ 168.497,50		
01/08/90	31/08/90	30	147.113,14	4.903,77	\$ 147.113,14		
01/09/90	30/09/90	30	117.810,00	3.927,00	\$ 117.810,00		
01/10/90	31/10/90	30	121.737,00	4.057,90	\$ 121.737,00		
01/11/90	30/11/90	30	149.316,32	4.977,21	\$ 149.316,32		
01/12/90	31/12/90	30	153.243,32	5.108,11	\$ 153.243,32		
Total días		360			\$ 1.731.339,17	\$ 4.809,28	\$ 144.278,26
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	30	154.597,00	5.153,23	\$ 154.597,00		
01/02/91	28/02/91	30	139.636,00	4.654,53	\$ 139.636,00		
01/03/91	31/03/91	30	154.597,00	5.153,23	\$ 154.597,00		
01/04/91	30/04/91	30	149.610,00	4.987,00	\$ 149.610,00		
01/05/91	31/05/91	30	187.906,75	6.263,56	\$ 187.906,75		
01/06/91	30/06/91	30	149.610,00	4.987,00	\$ 149.610,00		
01/07/91	31/07/91	30	154.597,00	5.153,23	\$ 154.597,00		
01/08/91	31/08/91	30	191.889,44	6.396,31	\$ 191.889,44		
01/09/91	30/09/91	30	165.902,81	5.530,09	\$ 165.902,81		
01/10/91	31/10/91	30	197.320,38	6.577,35	\$ 197.320,38		
01/11/91	30/11/91	30	191.066,16	6.368,87	\$ 191.066,16		
01/12/91	31/12/91	30	219.261,37	7.308,71	\$ 219.261,37		
Total días		360			\$ 2.055.993,91	\$ 5.711,09	\$ 171.332,83
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	30	191.704,00	6.390,13	\$ 191.704,00		
01/02/92	29/02/92	30	241.080,00	8.036,00	\$ 241.080,00		
01/03/92	31/03/92	30	254.356,00	8.478,53	\$ 254.356,00		
01/04/92	30/04/92	30	244.086,00	8.136,20	\$ 244.086,00		
01/05/92	31/05/92	30	191.704,00	6.390,13	\$ 191.704,00		
01/06/92	30/06/92	30	185.520,00	6.184,00	\$ 185.520,00		
01/07/92	31/07/92	30	212.815,00	7.093,83	\$ 212.815,00		
01/08/92	31/08/92	30	181.400,00	6.046,67	\$ 181.400,00		
01/09/92	30/09/92	30	231.828,00	7.727,60	\$ 231.828,00		
01/10/92	31/10/92	30	313.830,00	10.461,00	\$ 313.830,00		
01/11/92	30/11/92	30	233.417,00	7.780,57	\$ 233.417,00		
01/12/92	31/12/92	30	235.742,00	7.858,07	\$ 235.742,00		
Total días		360			\$ 2.717.482,00	\$ 7.548,56	\$ 226.456,83
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	30	237.708,00	7.923,60	\$ 237.708,00		
01/02/93	28/02/93	30	250.024,63	8.334,15	\$ 250.024,63		
01/03/93	31/03/93	30	273.598,31	9.119,94	\$ 273.598,31		
01/04/93	30/04/93	30	301.820,63	10.060,69	\$ 301.820,63		
01/05/93	31/05/93	30	317.464,25	10.582,14	\$ 317.464,25		
01/06/93	30/06/93	30	291.851,09	9.728,37	\$ 291.851,09		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/07/93	31/07/93	30	237.708,00	7.923,60	\$ 237.708,00		
01/08/93	31/08/93	30	265.907,53	8.863,58	\$ 265.907,53		
01/09/93	30/09/93	30	423.733,76	14.124,46	\$ 423.733,76		
01/10/93	31/10/93	30	383.832,85	12.794,43	\$ 383.832,85		
01/11/93	30/11/93	30	431.424,54	14.380,82	\$ 431.424,54		
01/12/93	31/12/93	30	515.430,66	17.181,02	\$ 515.430,66		
Total días		360			\$ 3.930.504,25	\$ 10.918,07	\$ 327.542,02
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	30	287.618,00	9.587,27	287.618,00		
01/02/94	28/02/94	30	363.751,97	12.125,07	363.751,97		
01/03/94	31/03/94	30	391.016,28	13.033,88	391.016,28		
01/04/94	30/04/94	30	430.765,62	14.358,85	430.765,62		
01/05/94	31/05/94	30	287.618,00	9.587,27	287.618,00		
01/06/94	30/06/94	30	359.449,06	11.981,64	359.449,06		
01/07/94	31/07/94	30	431.534,75	14.384,49	431.534,75		
01/08/94	31/08/94	30	571.609,08	19.053,64	571.609,08		
01/09/94	30/09/94	30	517.968,38	17.265,61	517.968,38		
01/10/94	31/10/94	30	541.917,50	18.063,92	541.917,50		
01/11/94	30/11/94	30	523.208,07	17.440,27	523.208,07		
01/12/94	31/12/94	30	556.588,63	18.552,95	556.588,63		
Total días		360			\$ 5.263.045,34	\$ 14.619,57	\$ 438.587,11
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	352.594,00	11.753,13	352.594,00		
01/02/95	28/02/95	30	431.949,97	14.398,33	431.949,97		
01/03/95	31/03/95	30	475.921,00	15.864,03	475.921,00		
01/04/95	30/04/95	30	685.079,67	22.835,99	685.079,67		
01/05/95	31/05/95	30	550.002,84	18.333,43	550.002,84		
01/06/95	30/06/95	30	656.389,00	21.879,63	656.389,00		
Total días		180			\$ 3.151.936,48	\$ 17.510,76	\$ 525.322,75

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1978	300	0,470	100,000	212,766	\$ 5.035,50	\$ 1.071.383,00	\$ 10.713.830,00
1979	360	0,560	100,000	178,571	\$ 7.091,33	\$ 1.266.309,00	\$ 15.195.708,00
1980	360	0,720	100,000	138,889	\$ 7.852,21	\$ 1.090.585,00	\$ 13.087.020,00
1981	360	0,900	100,000	111,111	\$ 12.551,55	\$ 1.394.616,00	\$ 16.735.392,00
1982	360	1,140	100,000	87,719	\$ 11.406,25	\$ 1.000.548,00	\$ 12.006.576,00
1983	360	1,410	100,000	70,922	\$ 14.883,14	\$ 1.055.541,00	\$ 12.666.492,00
1984	360	1,650	100,000	60,606	\$ 19.525,57	\$ 1.183.368,00	\$ 14.200.416,00
1985	360	1,950	100,000	51,282	\$ 20.908,92	\$ 1.072.252,00	\$ 12.867.024,00
1986	360	2,380	100,000	42,017	\$ 57.635,92	\$ 2.421.677,00	\$ 29.060.124,00
1987	360	2,880	100,000	34,722	\$ 66.339,50	\$ 2.303.455,00	\$ 27.641.460,00
1988	360	3,580	100,000	27,933	\$ 81.616,53	\$ 2.279.791,00	\$ 27.357.492,00
1989	360	4,580	100,000	21,834	\$ 103.565,63	\$ 2.261.258,00	\$ 27.135.096,00
1990	360	5,780	100,000	17,301	\$ 144.278,26	\$ 2.496.164,00	\$ 29.953.968,00
1991	360	7,650	100,000	13,072	\$ 171.332,83	\$ 2.239.645,00	\$ 26.875.740,00
1992	360	9,700	100,000	10,309	\$ 226.456,83	\$ 2.334.607,00	\$ 28.015.284,00
1993	360	12,140	100,000	8,237	\$ 327.542,02	\$ 2.698.040,00	\$ 32.376.480,00
1994	360	14,890	100,000	6,716	\$ 438.587,11	\$ 2.945.515,00	\$ 35.346.180,00
1995	180	18,250	100,000	5,479	\$ 525.322,75	\$ 2.878.481,00	\$ 17.270.886,00
Total días	6240	Total devengado actualizado a				2019	\$ 388.505.168,00
Semanas Cotizadas S.C.	891,43	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 435.823,11
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					5,882%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a					2019
							\$ 22.853.069,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 22.853.069
Total	\$ 22.853.069



*Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca*

Fuente	Tabla del IPC - DANE.,
Observaciones	

Fecha liquidación miércoles, 30 de agosto de 2023 Recibe: _____

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00280 01.

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala estudia el grado jurisdiccional de Consulta a favor **Yolanda López Granados**, contra la providencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2022, en proceso ordinario laboral que este adelanta contra **Colpensiones**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de ello, se reconozca y pague una pensión de vejez desde la fecha del cumplimiento de los requisitos, aplicando lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Así mismo, deprecia el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas a pagar.

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

1) Nació el 19/03/1958, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2013; **2)** A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 01/04/1994, contaba con 35 años de edad y se encontraba afiliada al sistema desde el 18/09/1978; **3)** Mediante Resolución GNR 256826 del 30/08/2016, Colpensiones le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$7.860.422 equivalente a 97 semanas cotizadas; **4)** Mediante petición del 12/10/2016, solicita la revocatoria de la Resolución antes mencionada, donde manifiesta a Colpensiones su interés de seguir cotizando para cumplir con los requisitos para pensionarse, la cual fue resuelta mediante Resolución GNR 5419 del 10/01/2017; **5)** A través de solicitud del 15/02/2018, pidió a Colpensiones un nuevo estudio de las semanas cotizadas, teniendo en cuenta que, conforme su historia laboral cuenta con un total de 1.030,43 semanas en toda la vida laboral; **6)** Para el 29/06/2005, en cumplimiento del Acto Legislativo No. 001 del 12005, cuenta con un total de 807,57 semanas y en toda la vida laboral, hasta el 31/12/2014 con un total de 1.030,43 semanas cotizadas a Colpensiones, por lo que le es aplicable el Decreto 758 de 1990; **7)** Colpensiones omitió tener en cuenta las semanas cotizadas para los años 1996, 1997, 1998 y hasta septiembre de 1999.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (folios 43 a 55 archivo 01 y archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad; adicionalmente, como excepción previa propuso la denominada “*falta de integración de litis consorcio por pasiva*”.

Indicó, en síntesis, el régimen de transición sólo tuvo efectos hasta el 31 de julio del 2010, sin que la actora acreditara debidamente los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, tener 750 semanas cotizadas a 29 de julio de 2005, ya que, para tal data sólo tenía acreditadas 615.71 semanas; y para el 31 de julio del 2010 no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, pues para esa fecha

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00280 01.

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

no contaba ni con la edad ni con la densidad de semanas cotizadas requeridas, al contar solamente con algo más de 620 semanas.

Manifestó que, mediante Resolución GNR 256826 del 2016, Colpensiones reconoció a la demandante, indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en atención a 907 semanas, por valor de \$7.860.422 por cumplimiento de los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, como en antecedencia se dijo, Colpensiones propuso como excepción previa la que denominó: *“falta de integración de litis consorcio por pasiva”*, sustentándola en que al litigio no se vinculó a la sociedad Aarka por Pordeminsky Ltda., que conforme al reporte de semanas cotizadas ostentaba la calidad de empleador de la actora por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999, debiendo ser convocado para *“que responda por el incumplimiento de las obligaciones legales (...) al no haber efectuado el pago de aportes al Sistema de Pensiones durante este periodo. Igualmente porque conforme lo indica la entidad, dicha empresa ha sido objeto de procesos de cobro coactivo por medio de visitas de fiscalización efectuadas por el ISS por el ciclo 2006 a 2009.”*

La anterior excepción, fue resuelta en la audiencia realizada el 04 de febrero del 2019, en la cual se dispuso la vinculación al proceso de **Aarka por Pordeminsky Ltda.** (fl. 61 archivo 01 y archivo 03), sociedad que, notificada por intermedio de curador ad litem, allegó contestación, sin presentar oposición a las pretensiones, ni excepciones de fondo (archivo 13).

3. Providencia Recurrida.

La **a quo** dictó sentencia absolutoria. Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que de conformidad con la copia del documento de identidad que obra en el plenario, se evidencia que la demandante nació el 19 de marzo de 1958 por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 36 años, por lo que, en principio era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00280 01.

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Indicó que, con la expedición del Acto Legislativo 01 del 2005, efectuada el 25 de julio del 2005, se estableció la finalización del régimen de transición el 31 de julio del 2010, excepto para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo contaran con 750 semanas cotizadas.

Manifestó que, de las pruebas allegadas se puede establecer que la demandante, al 25 de julio del 2005 solo contaba con 615.31 semanas cotizadas y registradas en la historia laboral, punto respecto del cual, la accionante refiere que Colpensiones omitió tener en cuenta las semanas cotizadas entre el 01 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999, por lo que cuenta con un total de 907.57 semanas en toda la vida laboral si se tienen en cuenta las 192.86 semanas del mentado periodo que se encuentran registradas en mora.

Frente al particular, luego de detallar el material probatorio allegado al expediente, dijo que la actora arrima reporte de semanas del año 2014 en donde se relacionan como semanas en deuda por no pago desde el 01 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999 con cargo al empleador Aarka por Pordeminsky Ltda., sin embargo, luego de un requerimiento realizado, informa que no cuenta con documental alguna que tuviera que ver con esa relación laboral, además, que Colpensiones manifiesta que tampoco cuenta con prueba de la relación laboral de esos periodos presuntos de mora a cargo del empleador Aarka por Pordeminsky Ltda.

Por lo anterior, citó la sentencia CSJ SL 1116 del 2022, para indicar que, cuando existe mora del empleador y se encuentra demostrada la prestación del servicio, esa mora no puede ser imputada al trabajador si no se han cumplido los deberes de recaudo y cobro por parte de la administradora, quien deberá en ese caso, asumir las consecuencias por el incumplimiento de sus deberes, sin embargo, dijo, en este caso se presenta una situación diferente y es que existe una presunta mora en los registros expedidos por Colpensiones, por lo que, para la convalidación de las semanas se debe demostrar que efectivamente se prestó el servicio, pues es este el que genera o causa efectivamente las cotizaciones y mientras no se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00280 01.

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

demuestre la efectiva prestación del servicio, las semanas no pueden ser consolidadas.

Al punto, expuso que la demandante no demostró la prestación del servicio efectivo a favor de Aarka por Pordeminsky Ltda dentro del periodo comprendido entre el 1° enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999 para que proceda la convalidación de las semanas cotizadas solicitadas por la actora que, según su dicho, corresponden a 192.86 semanas y como consecuencia de ello, no logra mantener el régimen de transición hasta el año 2014, al no demostrar que para el 25 de julio del 2005 contaba con las 750 semanas cotizadas que establece el parágrafo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, pues para esa fecha contaba con 615.71 semanas cotizadas; por lo anterior, el régimen de transición del que era beneficiaria la demandante expiró el 31 de julio del 2010, data para la cual no contaba con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Concluyó exponiendo que la demandante tampoco cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez, pues solamente cuenta con 915.71 semanas cotizadas.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo 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 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 69 del C.P.T. y de la S.S, se estudiará la consulta a favor de la parte demandante.

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:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00280 01.

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición?, de ser así, ¿Lo mantuvo con la expedición del Acto Legislativo 01 del 2005? Finalmente habrá de determinarse se cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Del régimen de transición

Consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que, en principio, establecía que se beneficiaban del régimen de transición aquellas las personas que al entrar en vigencia el régimen general de pensiones, esto es para el 1° de abril de 1994, contaran con 35 o más años de edad si son mujeres y 40 o más si son hombres, o 15 años de servicios o cotizaciones.

Para este asunto, se tiene que la demandante era, en principio, beneficiaria del mentado régimen de transición por edad, como quiera que nació el 19 de marzo de 1958, a decir del documento de identidad visible a folio 21 del archivo 02 del expediente digital, ya que, para el 1° de abril de 1994 contaba con 36 años y 8 días.

Ahora bien, en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo 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, la actora solicita su prestación de conformidad con 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 55 años para el caso de las mujeres.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, esto es 25 de julio de dicha anualidad, la demandante no contaba con las 750 semanas de cotización para que le fuera extendido el régimen de transición hasta el año 2014, ya que para esa fecha apenas tenía 615.71 semanas de cotización, a decir de la historia laboral actualizada al 31 de diciembre de 2014¹, allegada por las partes, por lo que, para que le fuera acreedora del régimen de transición y por ende se le aplicaran las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, debió acreditar los requisitos de su artículo 12 para el 31 de julio del 2010, situación que no acaeció pues para esa fecha la accionante tenía 52 años 4 meses y 12 días y un total de 619.28 semanas cotizadas.

Ahora bien, señala la demandante en los hechos de la demanda (hecho 8), que la accionada omitió tener en cuenta las semanas cotizadas entre el 01 de enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1999, pues al contabilizar tales periodos, cumple con el requisito de semanas para que le sea reconocida la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990; al punto, respecto de la mora del empleador, en reiterada jurisprudencia, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en sentencia CSJ SL-463 del 2021, la Sala de Casación Laboral recordó que la actividad efectiva desarrollada en favor de un empleador es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado, lo cual reiteró en la CSJ SL-1116 del 2022, en la que señaló:

“Se advierte frente al tema planteado que la Sala ha adocinado que para contabilizar periodos registrados en mora en la historia laboral, en

¹ Fls. 10 a 11 y 18 a 19 archivo 01 y folios 7 a 8 y 15 a 16 archivo 02.

caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).). Precisamente, en dicha decisión se indicó:

Por otra parte, también el juez plural determinó que para contabilizar las semanas reportadas con mora del empleador, era necesario acreditar que en ese lapso existió un vínculo laboral, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en esos periodos.

Tal razonamiento tampoco es equivocado y, por el contrario, está acorde con lo adoctrinado por esta Corporación en su jurisprudencia (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092-2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018). Precisamente en la providencia CSJ SL3707-2017, la Sala señaló:

“Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente dicha situación, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro”.

Conforme lo anterior, en el caso de un trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, las cotizaciones legalmente se causan o generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL 34256, 10 feb. 2009, CSJ SL9808-2015 y CSJ SL13276-2015), criterio que se acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición.”

Y en reciente pronunciamiento CSJ SL-571 del 2023, expuso:

“(…) acorde lo tiene señalado en su jurisprudencia esta Corte, la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio (CSJ SL10783-2017), razón por la cual, igualmente se tiene dicho que, en caso de duda frente a la existencia de la relación de trabajo, es necesario acreditar el vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones, las cotizaciones se causan o generan con la efectiva prestación del servicio, con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).”

Así mismo se ha dicho por la Alta Corporación, que la mora del empleador y la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones, no puede afectar al trabajador para el reconocimiento pensional (CSJ SL2984 de 2015, entre otras muchas), y que para que el empleador sea condenado a pagar los aportes, *“es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia del vínculo laboral subordinado, bien bajo la égida de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria. Es decir, los periodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real.”* (CSJ SL463 de 2021).

Luego, tal y como lo indicó la *a quo*, no resulta posible contabilizar los aportes deprecados en la demanda que van del 01 de enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1999, como quiera que no se acreditó el vínculo laboral

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

entre la señora Yolanda López Granados y la sociedad Aarka por Pordeminsky Ltda., por ello, se itera, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, la demandante no contaba con las 750 semanas requeridas para que el régimen de transición se le extendiera hasta el año 2014 y así le fueran aplicadas las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, al revisar si la señora López Granados es acreedora a la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es haber cumplido 57 años de edad y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas en cualquier tiempo, encontrando que la accionante cumple con el requisito de edad, al haber cumplido 57 años el 19 de marzo de 2015, sin embargo, las semanas necesarias no las cumple, ya que conforme el reporte de semanas cotizadas actualizado a 16 de marzo del 2018 (fl. 36 archivo 02) cuenta con 915.71 semanas de cotización.

Es por ello, que acertada se encuentra la decisión proferida por la *a quo* y por ello se CONFIRMARÁ la decisión adoptada 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. –**CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2018 00280 01.

Demandante: **YOLANDA LÓPEZ GRANADOS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

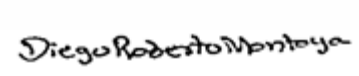
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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.

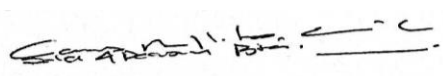
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 05 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que el señor **Montes Giraldo** adelanta contra **Colpensiones**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a partir del mes de noviembre de 2019, en cuantía equivalente al 100%.

Como consecuencia de ello, deprecia el pago del retroactivo correspondiente, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas a pagar.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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

1) Nació el 01/11/1953; **2)** Se vinculó al Sistema de Seguridad Social Integral a partir del 26/06/1974 por intermedio del ISS hoy Colpensiones; **3)** Ha cotizado al régimen de prima media, efectuando aportes a través de diferentes empleadores tanto públicos como privados; **4)** En el año 2014 reclamó la pensión de vejez a la que pensó tenía derecho, siendo negada por Colpensiones mediante Resolución No. 356738 del 10/10/2014, “*por no cumplir los requisitos exigidos en la ley*”; **5)** Mediante Resoluciones GNR 18592 del 28/01/2015 y VPB 45587 del 26/05/2015, Colpensiones resolvió, respectivamente, los recursos de reposición y apelación, confirmando la decisión inicial; **6)** Con la intención de actualizar su historia laboral, los días 13/12/2019 y 31/01/2020, solicitó ante el Ministerio de Trabajo, la expedición del certificado Cetil para trámite de pensión y/o bono pensional; **7)** En la respuesta otorgada a la anterior petición, se le indicó que estuvo vinculado a la: “*extinta Promotora de Vacaciones y Recreación Social – PROSOCIAL en el período comprendido del 31 de mayo de 1979 al 06 de febrero de 1980 y se vinculó nuevamente el día 22 de mayo de 1980 hasta el 22 de mayo de 1986, y los aportes se realizaron al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones*”; **8)** Pese a lo antes señalado, le entregaron copia de las planillas de control entre 1979 hasta 1986, documentos entre los que se encontraban los avisos de entrada del trabajador al ISS con fechas de recibido 27/09/1979 y 17/06/1982 y copias simples de planillas de control de devengados y descuentos de los años comprendidos entre 1979 hasta 1986; **9)** Los documentos mencionados fueron presentados oportunamente a Colpensiones, con radicado No. 2020_7084063 del 23/07/2020, solicitando la actualización de la historia laboral respecto de los tiempos antes reseñados; **10)** Mediante Resolución SUB 166234 del 31/07/2020, Colpensiones resolvió la petición radicada bajo el número 2020_5646769, negando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al no contar con el mínimo de semanas exigido; **11)** En uno de los apartes de la Resolución en mención, se indicó que contaba con 978 semanas y frente a los tiempos faltantes reclamados, se le dijo que no se encontraron cotizaciones con el empleador Promotora de Vacaciones y Recreación Social para los periodos 31/05/1979-20/03/1980 y del 22/05/1980-22/05/1986; **12)** El 15/09/2020, instauró nuevo derecho de petición ante el Ministerio de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Trabajo, mediante el cual solicitó certificación CETIL; **13)** A través de apoderada judicial, el 23/09/2020 interpuso recurso de reposición frente a la decisión de Colpensiones de negarse a cargar la totalidad de las semanas cotizadas, para lo que se anexó las copias simples ya aportadas, relacionadas con las cotizaciones efectuadas en los tiempos reclamados; **14)** En respuesta a la petición elevada ante el Ministerio de Trabajo el 15/09/2020, dicha entidad le manifestó *“que los certificados CETIL para certificar el tiempo laborado solo se expiden con los aportes realizados a la Caja Nacional de Previsión Social “Cajanal”*; **15)** Ante Colpensiones se arrió la respuesta emitida por el Ministerio del Trabajo; **16)** Mediante Resolución SUB 250163 del 19/11/2020 se resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución SUB 166234 del 31/07/2020, la cual fue confirmada; **17)** En la Resolución SUB 250163, aparecen tiempos laborados con Prosocial a partir del 01/06/1982; **18)** Para resolver el recurso de alzada, Colpensiones profirió la Resolución DPE 158298 del 24/11/2020, negando la prestación económica solicitada; **19)** Su reporte de semanas cotizadas al 24/02/2021, refleja un total de 1217,14 semanas cotizadas; **20)** Colpensiones se ha negado a cargar en su historia laboral los tiempos laborados al servicio de la extinta Promotora de Vacaciones y Recreación Social – Prosocial por los periodos comprendidos entre el 31/05/1979 al 06/02/1980 y del 22/05/1980 al 30/05/1982, pese a entregar los documentos que los soportan; **21)** Cumplió 62 años el 01/11/2015 y el requisito de las 1.300 semanas cotizadas en el mes de noviembre de 2019; **22)** Desde el mes de noviembre de 2019 dio inicio al trámite de solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual ha sido negada; **23)** Laboró al servicio de la Promotora de vacaciones y Recreación Social – Prosocial por los periodos comprendidos entre el 31/05/1979 al 06/02/1980 y del 22/05/1980 al 22/05/1986; **24)** A la fecha de presentación de esa demanda, Colpensiones *“no ha adelantado trámite alguno para cargar en la historia laboral (...) la totalidad de semanas cotizadas con anterioridad por intermedio de (...) Prosocial”*; **25)** Continuó efectuando cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones por intermedio de Colpensiones, en razón a la negativa de reconocimiento de la pensión de vejez.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo 07 carpeta 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó, en síntesis, que Colpensiones no estuvo presente dentro de la relación laboral entre el demandante y la empresa que relaciona en la demanda, por lo que no se le puede endilgar culpa alguna por negligencia u omisión por pago de aportes en caso de llegarse a probar la existencia de un contrato laboral entre estos extremos; señaló que, es necesario realizar una juiciosa evaluación de los supuestos de hecho, por cuanto debe distinguirse entre la mora del empleador en el pago de cotizaciones y la omisión del deber de afiliar a sus trabajadores, pues su “normalización” está dispuesta legalmente de manera diferente.

Precisó que esa entidad, siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y constitucionales, amparado en el principio de buena fe y por ello, las decisiones en relación con lo pretendido, por parte de Colpensiones, han sido fundamentadas en la ley.

Para el caso concreto, dijo, que si bien el demandante acredita la edad de 62 años, *“no cuenta con las 1.300 semanas que exige la Ley 797 de 2003, razón por la cual se niega la prestación solicitada, ya que a la fecha cuenta con un total de 1.217,14 semanas cotizadas”*, por lo que se presenta una inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, como quiera que no se dan las condiciones legalmente exigidas, lo que resulta en la improcedencia en el reconocimiento de la pretensión del demandante.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: Declarar que al señor Víctor Manuel Montes Giraldo le asiste el derecho a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la cual es causada a partir del mes de febrero del 2020, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez de esta normativa, al demandante Víctor Manuel Montes Giraldo, a partir del día siguiente en el que se acredite la novedad de retiro efectivo del sistema como trabajador independiente, que será la data de disfrute, a razón de 13 mesadas al año, más los incrementos legales anuales y conforme las directrices otorgadas al tenor de lo dispuesto en los artículos 14, 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Declarar probada la excepción denominada no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y/o indexación y declarar probadas las demás excepciones propuestas por la parte pasiva.

CUARTO: Condenar a la demandada al pago de costas procesales. Se fija como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

QUINTO: En caso de no ser apelada la decisión, se consultará ante el Superior jerárquico en favor de Colpensiones.

Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que de las pruebas documentales allegadas se puede concluir que Colpensiones realizó una actualización de la historia laboral del demandante, respecto de los aportes realizados por su empleador Prosocial entre el periodo comprendido entre el 01-06-1982 al 01-07-1986, no obstante, del material probatorio arrimado se demostró que el actor sí laboró para Prosocial y que los aportes se realizaron al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, no siendo de recibo lo indicado por la accionada respecto que frente a dicha relación laboral sólo se logró demostrar el periodo antes señalado, ya que sí se probó que la aquí demandada sí tuvo como afiliado al demandante del 31-05-1979 al 06-02-1980 y del 22-05-1980 al 22-05-1986, por lo que no resultan acertados los argumentos expuestos por la demandada en relación con no haber tenido en cuenta estas cotizaciones.

Precisó que Colpensiones no demostró sumariamente el cobro coactivo oportuno de los aportes o que los hubiera declarado como una deuda incobrable, no podrían trasladarse a la parte demandante las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador para esa época y

de la omisión de la entidad de seguridad social en el cobro oportuno de dichos aportes.

Conforme lo antes señalado, al tener en cuenta o contabilizar los tiempos cotizados por el actor por parte de su empleador Prosocial del 31-05-1979 al 06-02-1980, así como el periodo comprendido entre el 22-05-1980 al 31-03-1982, atendiendo a que en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, estos fueron los periodos que no se tuvieron en cuenta, razón por la cual, a las 1302.86 semanas que se registran actualmente en el reporte de semanas cotizadas, se adicionará 132.2 semanas correspondientes a los periodos no tenidos en cuenta por Colpensiones, teniendo un total de 1.435.06 semanas de cotización.

Respecto del reconocimiento pensional deprecado, expuso que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la prestación se estudia a la luz del artículo 33 de dicha norma, por lo que, al verificar los requisitos allí exigidos se observa que el accionante los acreditó, ya que cumplió con el de edad el 01/11/2015 y el de semanas, en el mes de febrero del 2020, data de causación del derecho, sin embargo, dijo, en este caso no es procedente fijar la fecha de disfrute, teniendo en cuenta que el demandante no se ha retirado del sistema y por el contrario continúa cotizando, lo que se extracta de la documental allegada al plenario (archivo 03), donde se evidencia que la última cotización lo fue en el mes de septiembre del 2022 sin que exista una novedad de retiro efectivo del sistema, por lo que el derecho pensional habrá de reconocerse a partir del momento en el que se efectúe el retiro del sistema, que deberá pagarse por 13 mesadas anuales y, al tener la obligación de tener en cuenta hasta la última cotización efectuada, el IBL tampoco podrá ser liquidado en esta sentencia, por lo que, para ello, Colpensiones deberá tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

4. Argumentos del recurrente.

Colpensiones, solicitó se revoque la condena en costas como quiera que, cuando el demandante solicitó el reconocimiento pensional no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

acreditaba la densidad de semanas para ser beneficiario de la prestación de vejez, tanto así que actualmente el demandante continúa activo y cotizando al sistema y por lo tanto, no se le hubiese podido efectuar el reconocimiento pensional para dicha data.

Por su parte, **el demandante**, solicitó que la pensión se reconozca desde el año en que cumplió los requisitos para ello, toda vez que siguió cotizando debido a que Colpensiones le indicó que debía seguir cotizando hasta cumplir los requisitos.

Manifestó que, Colpensiones, en su acto administrativo de fecha 19/11/2020 le indicó que podría seguir cotizando los aportes exigidos en la ley para acceder a la pensión económica, por lo que el derecho debe ser causado a partir del mes de noviembre de 2019.

Finalmente, indicó que el fenómeno prescriptivo no acaeció, pues este se interrumpió el 10/06/2020 y se presentó la demanda el 15/03/2021.

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 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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

¿Cumple el demandante con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993? De ser ello así, ¿cuál es la fecha del disfrute de dicha prestación?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

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, se tiene que el demandante nació el 01 de noviembre de 1953, a decir del documento de identidad visible a folio 21 del archivo 02, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes

del año 2015; en cuanto a las semanas de cotización, resulta ser este el punto de desacuerdo en el caso particular, como quiera que, al actor le fue negada la pensión de vejez solicitada, pues conforme lo señalado en las Resoluciones GNR 356738 del 10/10/2014, SUB 166234 del 31/07/2020, SUB 250163 del 19/11/2020 y DPE 15829 del 24/11/2020¹, no cumplía con la densidad de semanas para acceder a tal prestación.

Así las cosas, se procede a verificar el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas, para lo cual se encuentra que en la Resolución GNR 356738 del 10 de octubre del 2014², Colpensiones indica que el señor Montes Giraldo cuenta con 1.019 semanas cotizadas, posteriormente, al resolver la petición elevada el 10 de junio del 2020 por el demandante, Colpensiones expide la Resolución SUB 166234 del 31 de julio del 2020³, en la que señala que el actor cuenta con 978 semanas cotizadas, acto administrativo contra el cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos, respectivamente, mediante Resoluciones SUB 250163 del 19 de noviembre de 2020 y la DPE 15829 del 24 de noviembre de 2020, en donde se indica que el demandante cuenta con 1.208 semanas⁴.

Con la contestación de la demanda allegada por Colpensiones, también fueron arrimados reportes de semanas cotizadas, actualizados al 27 de julio del 2020, 09 y 19 de noviembre del 2020⁵, en las cuales se indica que el actor, para dichas datas contaba, respectivamente con, 978.29, 1.204,29 y 1.208,57 semanas cotizadas.

¹ Folios 39 a 43 y 59 a 73 archivo 02, sub carpeta 06 - carpeta 01 y folios 113 a 125, 433 a 437 y 453 a 467 archivo 07.

² Folios 113 a 123 archivo 07 y archivo GEN-ANE-CM-2014_8669010-20141110081347 sub carpeta 06- carpeta 01.

³ Folios 39 a 43 archivo 01, archivo GRF-AAT-RP-2020_5646769-20200731085820 sub carpeta 06- carpeta 01 y folios 433 a 437 archivo 07.

⁴ Folios 59 a 73 archivo 02; archivos GRF-AAT-RP-2020_9468380-20201119024402 y GRF-AAT-RP-2020_9468380_2-20201124050701 sub carpeta 06- carpeta 01 y folios 453 a 67 archivo 07

⁵ Archivos GEN-REQ-IN-2020_5646769-20200727054357, GEN-REQ-IN-2020_9468380-20201109041847 y GEN-REQ-IN-2020_9468380-20201119095244 sub carpeta 06- carpeta 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.
Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Conforme lo anterior, es claro que para el 10 de junio del 2020⁶ data para la cual el actor solicitó ante Colpensiones la pensión de vejez, no cumplía con la densidad de semanas requerida para acceder a tal prestación pues, conforme el reporte de semanas cotizadas actualizado al 27 de julio del 2020⁷, contaba con 978,29 semanas de cotización.

Sin embargo, el 23 de julio del 2020, señor Montes Giraldo solicitó a la demandada la actualización de su historia laboral para que se adicionaran los periodos laborados para el empleador Prosocial de mayo de 1979 a marzo de 1980 y de mayo de 1980 a mayo de 1986⁸, petición a la cual, conforme lo indicado en la Resolución SUB 166234 del 31 de julio del 2020, se respondió:

“De manera cordial se informa que al validar las bases de datos no se encuentran cotizaciones con el empleador PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL para los ciclos comprendidos del 31/05/1979 - 20/03/1980 y del 22/05/1980 - 22/05/1986. Y tampoco cuenta con relación laboral por tal motivo no procede a cobro.”

Adicionalmente, fue allegado por Colpensiones, oficio BZ2020_9729815-2292859 del 03 de noviembre de 2020⁹, mediante el cual se responde a la solicitud de “actualización de datos – solicitud de corrección de historia laboral” radicado el 29 de septiembre del 2020 bajo el número 2020_9729815, así:

En respuesta a su solicitud de actualización de datos, radicada mediante el número señalado en la referencia, cordialmente nos permitimos informarle, que se realizaron las investigaciones y acciones pertinentes, obteniéndose los siguientes resultados:

Resultado
Periodos 67-94 Empresa donde laboró: PROSOCIAL Tipo de Requerimiento: Periodo Falta Periodo Desde: 1979-05-01T00:00:00 Periodo Hasta: 1980-03-31T00:00:00 Respuesta Requerimiento: Con la información suministrada en relación con el empleador PROSOCIAL numero de patronal 01008300642 no se encontraron registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados; por lo anterior, es necesario que nos suministre documentos probatorios y/o soportes, como tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros, números de afiliación, donde se evidencie su vínculo laboral con dicho empleador. Esta información es necesaria para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar.

⁶ Archivo GRP-FSP-AF-2020_5646769-20200610010105 sub carpeta 06- carpeta 01
⁷ Archivo GEN-REQ-IN-2020_5646769-20200727054357 sub carpeta 06- carpeta 01
⁸ Archivos GAF-FCH-F2-2020_9729815-20200929023002 y GAF-FCH-F1-2020_9729815-20200929023002 sub carpeta 06- carpeta 01
⁹ Archivo GRP-COM-DF-2020_9729815-20201103034007 sub carpeta 06- carpeta 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Periodos 67-94
Empresa donde laboró: PROSOCIAL
Tipo de Requerimiento: Periodo Falta
Periodo Desde: 1980-05-01T00:00:00 Periodo Hasta: 1986-05-31T00:00:00
Respuesta Requerimiento: Con la información suministrada en relación con el empleador PROSOCIAL numero de patronal 01008300642 no se encontraron registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados; por lo anterior, es necesario que nos suministre documentos probatorios y/o soportes, como tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros, números de afiliación, donde se evidencie su vínculo laboral con dicho empleador. Esta información es necesaria para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar. Es de aclarar

que los ciclos 198206 a 198605, se encuentran acreditados con el empleador PROSOCIAL número de patronal 13018300127.

Es así que, para decidir el asunto puesto a consideración de esta Sala, es pertinente recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en basta jurisprudencia ha señalado que es preciso que la información consignada en la historia laboral de un afiliado sea cierta, precisa y fidedigna y que las entidades que poseen dichos datos tienen una obligación de protección y diligencia; por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 5170 del 2019 radicación 79660, dijo:

“(…) al estar sometida la entidad a los lineamientos de la Ley 1581 de 2012, se encuentra en la obligación de custodiar, conservar y guardar la información de las cotizaciones de sus afiliados, premisa que involucra el deber de organizar y sistematizar correctamente esos datos.”

Postura que fue reiterada en la CSJ SL 4006 del 2021 Rad. 80444 y en la CSJ SL 1116 del 2022 Rad. 89546, entre otras.

Así mismo, pertinente resulta traer a colación la diferencia entre la falta de afiliación y mora del empleador, así como las consecuencias derivadas de cada una de estas, tema sobre el cual, la sentencia CSJ SL 4282 del 2022 Rad. 93673, citando la CSJ SL 1078 del 2021, dijo:

“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].”

Dicho esto, en el caso bajo estudio, se itera, Colpensiones negó al señor Víctor Manuel Montes Giraldo el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada, argumentando que no cumplía con el número de semanas requeridas para ello, tal y como lo reseñó en las Resoluciones GNR 356738 del 10/10/2014, SUB 166234 del 31/07/2020, SUB 250163 del 19/11/2020 y DPE 15829 del 24/11/2020¹⁰, y por ello, el hoy demandante presentó solicitud de corrección de su historia laboral para que se adicionaran los periodos laborados para el empleador Prosocial de mayo de 1979 a marzo de 1980 y de mayo de 1980 a mayo de 1986, petición a la que la demandada accedió de manera parcial, como se evidencia en el oficio BZ2020_9729815-2292859 del 03 de noviembre de 2020¹¹, donde se le indica que se encuentran acreditados los ciclos 06-1982 a 05-1986 con el empleador Prosocial número de 13018300127, lo que se reflejó en la historia laboral del 09 de noviembre de 2020¹², negando la actualización o corrección de la historia laboral para los demás periodos, porque “*no se encontraron registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados*”, como lo indicó en el oficio antes mencionado, por lo que para tal data en la mentada historia laboral indicó que el actor tenía 1.204,29 semanas de cotización.

Sin embargo, contrario a lo señalado por Colpensiones en su contestación, dentro del plenario se demostró que el actor fue afiliado al Instituto de los Seguros Sociales en el año de 1979 y luego en el año 1980 por parte del empleador Prosocial con número patronal 01-008300642, tal y como se evidencia con la documental “*Aviso de entrada del Trabajador*” (fl. 26 y 27 archivo 02, fl. 156 y 157 archivo 07 y archivo GEN-COM-CO-2020_9728657-20200929015617 sub carpeta 06 carpeta 01).

¹⁰ Folios 39 a 43 y 59 a 73 archivo 02, sub carpeta 06 - carpeta 01 y folios 113 a 125, 433 a 437 y 453 a 467 archivo 07.

¹¹ Archivo GRP-COM-DF-2020_9729815-20201103034007 sub carpeta 06- carpeta 01

¹² Archivos GEN-REQ-IN-2020_9468380-20201109041847 sub carpeta 06- carpeta 01

Así las cosas, lo primero por señalar es que en este caso fue demostrado que el señor Víctor Manuel Montes Giraldo, sí fue afiliado al extinto ISS por su empleador Prosocial, para los años 1979 y 1980, por lo que nos encontramos frente al escenario de mora patronal, descrito en la jurisprudencia arriba citada; en segundo lugar, que es amplia y pacífica la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral¹³, al precisar que, es la administradora de fondos de pensiones quien tiene la responsabilidad de reconocer el beneficio pensional, cuando el empleador afilió al trabajador, no pagó los aportes, y el fondo no hizo la gestión de cobro respectiva, pues a dichas entidades se les ha impuesto la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustrae de su cancelación o pago oportuno, para lo cual el sistema jurídico les otorgó herramientas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar a su favor intereses o multas y es por ello que *“ha reiterado que al concurrir las obligaciones de los empleadores (como es el pago de aportes) y la de las administradoras (su cobro respectivo en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado”* (CSJ SL 2728-2018); en tercer lugar, que se allegaron planillas de pago¹⁴ efectuadas por Prosocial a favor del demandante, para los años 1979 a 1986, donde se encuentra que le fueron efectuados unos descuentos con destino al ISS, además de los Certificados CLEBP¹⁵, allegados por Colpensiones, en los que se certifica que el actor estuvo vinculado a Prosocial desde el mes de mayo de 1979 al 20 de marzo de 1980 y luego del mes de mayo de 1980 al 22 de mayo de 1986 y que la entidad a la cual se realizaron aportes en pensión fue el Seguro Social, así como una certificación laboral expedida por el Ministerio del Trabajo¹⁶, en la que se certifica que el actor es ex funcionario de Prosocial y que tiene una fecha de ingreso de 31/05/1979 al 20/03/1980 y del 22/05/1980 al 22/05/1986, documentos que, se itera, fueron allegados por Colpensiones al momento de dar contestación a esta demanda; y, en cuarto y último lugar, que no se demostró por parte de Colpensiones, que esa administradora hubiere

¹³ Como por ejemplo las sentencias con radicado No. 32384 del 28 de octubre de 2008, la cual ha sido reiterada en sentencias SL685-2017, SL19565-2017, SL 2728-2018 entre otras.

¹⁴ Folios 28 a 38 archivo 02, folios 158 a 168 archivo 07 y archivo GEN-COM-CO-2020_9728657-20200929015617 sub carpeta 06- carpeta 01.

¹⁵ Folios 128 a 133 archivo 07

¹⁶ Folio 134 archivo 07

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

realizado acciones de cobro frente a Prosocial y respecto del afiliado Víctor Manuel Montes Giraldo, para los periodos comprendidos entre mayo de 1979 a marzo de 1980 y mayo de 1980 a mayo de 1982.

Es por ello, que acertada se encuentra la decisión proferida por la *a quo* al contabilizar dentro de la historia laboral del actor, aquellas semanas comprendidas entre el mes de mayo de 1979 al mes de marzo de 1980 y del mes de mayo de 1980 a mayo de 1982, ya que fue acreditada dentro del plenario, la relación laboral que existió para tales fechas entre el señor Montes Giraldo y Prosocial, así como la duración de la misma, además de la afiliación y/o vinculación de este al extinto Instituto de Seguros Sociales por parte de Prosocial, siguiendo con ello la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia frente al tema y que ha sido expuesta, entre otras, en las sentencias CSJ SL 3490 del 2019 Rad. 79959, CSJ SL 1116 del 2022 Rad. 89546 y CSJ SL 4282 del 2022 Rad. 93673, entre otras.

Ahora bien, al expediente se allegó reporte de semanas cotizadas actualizado al 04 de octubre del 2022¹⁷ donde se indica que, sin contar con las semanas cotizadas por Prosocial de mayo de 1979 a marzo de 1980 y de mayo de 1980 a mayo de 1982, el accionante contaba con 1.302,86 semanas cotizadas, por lo que, para tal data cumplía con la densidad de semanas requeridas en la Ley para acceder a la pensión de vejez deprecada, semanas a las que deben sumarse las 147.72 semanas comprendidas entre el 31 de mayo de 1979 al 20 de marzo de 1980 y del 22 de mayo de 1980 al 31 de mayo de 1982, fechas que el accionante demostró haber laborado para Prosocial, pero que no fueron tenidas en cuenta en la historia laboral del 04 de octubre de 2022 (archivo 05), por lo que el actor cuenta con un total de 1.450,58 semanas de cotización.

Así las cosas, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, al cumplir los requisitos de edad y densidad de semanas cotizadas en el mes de octubre de 2019.

¹⁷ Archivo 05

Ahora, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema del actor, 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, 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.

Sin embargo, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de septiembre de 2022, y la fecha de generación de la historia laboral es del 04 de octubre del 2022 (archivo 05), ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco el accionante demostrara la fecha de desafiliación del sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado del sistema, y 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 que da al traste con los argumentos expuestos por la parte demandante en su recurso; 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.

Igualmente, como lo señaló la *a quo*, no es posible calcular el monto de la mesada pensional, ante el desconocimiento de los periodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, por lo que acertada resulta la decisión de ordenar 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 lo que respecta a los intereses moratorios, debe decirse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que su imposición no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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 10 de junio del 2020¹⁸, petición que fue resuelta mediante la Resolución SUB 166234 del 31 de julio del 2020, en la que se negó la prestación ante la falta de densidad de semanas cotizadas establecidas en la ley, lo que no encuentra la Sala caprichoso, pues tal decisión se basó en los reportes de semanas cotizadas obrantes en la entidad.

Respecto de la indexación, no es posible acceder a la misma, al desconocer la fecha a partir de la cual se reconocerá la prestación, debido a que no se conoce la fecha de desafiliación del demandante del sistema.

En cuanto a la prescripción, se encuentra que tal fenómeno no acaeció en este asunto, pues la reclamación administrativa inicial se radicó el 10 de junio de 2020¹⁹ y la demanda se presentó el 15 de marzo del 2021²⁰, sin haber superado el término trienal contenido en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

Finalmente, frente al recurso presentado por Colpensiones, no es posible acceder a sus pedimentos, pues las cosas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado

¹⁸ Archivo GRP-FSP-AF-2020_5646769-20200610010105 sub carpeta 06 carpeta 01.

¹⁹ Archivo GRP-FSP-AF-2020_5646769-20200610010105. sub carpeta 06 carpeta 01

²⁰ Archivo 01 carpeta 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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 de primer grado, conforme 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00125 01.
Demandante: **VÍCTOR MANUEL MONTES GIRALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta, contra la sentencia proferida por Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ** contra **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 de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de administración y comisiones; y a esta última a recibir dichos dineros y activar su afiliación.

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 13), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 15 y 15.1), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y caducidad.

3. Providencia Recurrída.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ** el día 2 de noviembre del año 1994 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR** donde actualmente se encuentra afiliado la señora demandante, traslade los

recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos y bono pensional si ya están acreditados allí y a la administradora de régimen de prima media **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro individual, consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso la parte motiva.

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

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto del traslado, y en el caso de los afiliados a un fondo privado de pensiones, estos deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros y esta declaración obliga a la entidades del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron haber ingresado al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Manifestó que la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de ello cada una de las partes debe volver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que el vínculo lo rompió la sentencia que declara la ineficacia, por lo que el restablecimiento debe ser pleno y completo y hay lugar a reintegrar los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado 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 10 de abril 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 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 19 de octubre de 1989 presenta aportes en tal régimen (fl. 40 archivo 01 y archivo “historia laboral” carpeta 15.1), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., el 02 de noviembre de 1994 (fl. 63 archivo 01) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: a la extinta AFP Colpatria, el 18 de abril de 1996 (fl. 65 archivo 01 y 78 archivo 13), para luego regresar a Porvenir S.A. el 07 de enero de 1997 (fl. 64 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 63 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 02 de noviembre 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 Orjuela Rodríguez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (02 de noviembre 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.

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, tal y como acertadamente lo expuso Colpensiones en su recurso.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 **PORVENIR 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.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 el numeral primero** 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 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. Para **DISPONER** 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.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 015 2022 00089 01.

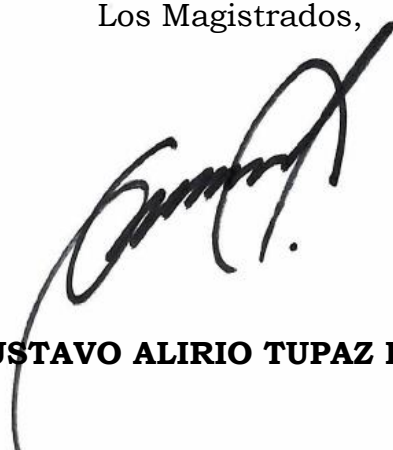
Demandante: **CLAUDIA PATRICIA ORJUELA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

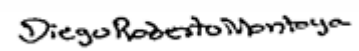
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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.

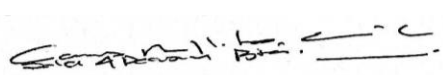
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00030 01.

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI** adelanta contra **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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 efectuado el 13 de octubre de 1994 a través de Colfondos S.A., así como las efectuadas posteriormente a otros fondos del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00030 01.

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

y se traslade la totalidad de los aportes, rendimientos financieros, bono pensional y se actualice su historia laboral.

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. 45 a 80 archivo 03 y archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 108 a 159 archivo 03 y archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** (archivo 06), se opuso únicamente a la pretensión de la demanda correspondiente a la condena en costas y como excepciones de fondo propuso la de compensación y pago.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (carpeta 02 link archivo 08 subarchivo 09), se opuso a las pretensiones de la demandan contra esta dirigidas y propuso como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

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

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora CLARA INES RODRIGUEZ AMORTEGUI, identificada con C.C N° 51.576.799, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A DE PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 13 de octubre de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CLARA INES RODRIGUEZ AMORTEGUI, identificada con C.C N° 51.576.799, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 18 de junio de 1980 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP PROTECCION SA, PENSIONES Y CESANTIAS** identificada con NIT 800.138.188-1, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLARA INES RODRIGUEZ AMORTEGUI identificada con C.C N° 51.576.799, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, indicó que a la demandante se le brindó la debida información y que hubo una reasesoría por parte de Protección S.A. el 18/07/2003, que se encuentra suscrito por la demandante y en donde se encuentra la proyección, además que en su momento tuvo la oportunidad de retornar al régimen de prima media, decidiendo mantenerse en el RAIS y solamente solicitó el regreso al RPM solamente hasta cuando se encontraba

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00030 01.

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

dentro de las prohibiciones reguladas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el 16/10/2018, fecha en la que contaba con la edad de 58 años.

Manifestó que la demandante ratificó su voluntad y deseo de mantenerse en el RAIS e incluso guardó silencio desde el momento de su afiliación hasta el año 2018.

Expuso que, si bien es cierto era deber de las AFP brindar la debida información, no es menos cierto que el afiliado debe concurrir ilustrado a la escogencia de su régimen pensional y que no puede la demandante alegar que por no cumplirse con sus expectativas pensionales se haya incurrido en una falta de asesoría o información, pues sí se brindó la debida información, como se evidencia en el interrogatorio de parte de la demandante.

Señaló que la demandante no presentó ninguna reclamación frente a su administración y que no solamente realizó un traslado entre administradoras del RAIS sino varios, los cuales evidencian la decisión de la demandante de mantenerse vinculada al RAIS.

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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el fue utilizado por la parte demandante y 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00030 01.

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

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 la A.F.P COLFONDOS S.A., así como los efectuados posteriormente entre administradoras del RAIS?

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 18 de junio de 1980 presenta aportes a tal régimen (fl. 35 archivo 03), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 13 de octubre de 1994 (fl. 7 archivo 06), y realizó traslados entre administradoras del RAIS, así: i) a la otrora Colpatria hoy Porvenir S.A. el 19 de febrero de 1999 (fls. 133 archivo 03 y fl. 27 archivo 07), y ii) a Protección S.A. el 01 de mayo del 2000 (fl. 54 carpeta 02 link archivo 08 subarchivo 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 7 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 13 de octubre de 1994 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 Rodríguez Amórtégui se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (13 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, 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 dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; 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.

De otro lado, debe decirse que, conforme las consideraciones jurisprudenciales aquí expuestas, con la re-asesoría brindada por Protección S.A. el 18 de julio de 2003, tampoco se logran los efectos anhelados con la apelación, pues la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad y tampoco el acto jurídico de traslado puede entenderse saneado por el paso del tiempo, ni por los traslados horizontales realizados entre AFP del RAIS pues, conforme la sentencia CSJ SL1688 de 2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, lo que da al traste con los argumentos expuestos por Colpensiones en su recurso.

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).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00030 01.

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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 **ADICIONARLO** para disponer que **COLFONDOS S.A. y PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A., 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 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 (CSJ SL1689-2019 y CSJ 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 el numeral segundo** de la sentencia de primer grado, a fin de **ADICIONARLO** para **DISPONER** que:

1.1. **COLFONDOS S.A. y PORVENIR 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.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00030 01.

Demandante: **CLARA INÉS RODRÍGUEZ AMORTEGUI.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

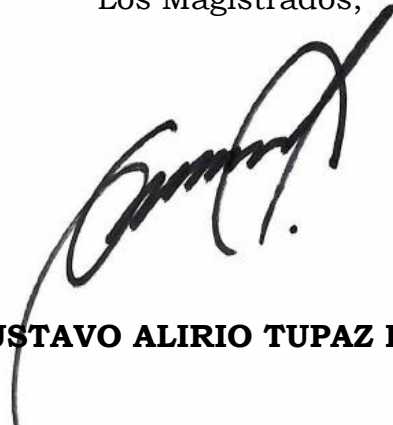
1.2. Para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante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

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

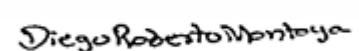
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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.

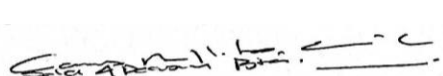
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00542 01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **el recurrente** interpuso en contra **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN 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 del traslado que del régimen de prima media (RPM) hizo al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en la cuenta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00542 01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses y rendimientos.

Así mismo, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del 12 de julio del 2021, el pago del retroactivo, la indexación y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 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. (archivos 05 y 14), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 06), también se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepción de mérito, entre otras, la de prescripción.

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** (archivos 07 y 13), se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivos 09 y 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2021 00542 01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

PRIMERO. ABSOLVER DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA, entre el RPM administrado por Colpensiones; al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 20/10/1995, y por ende a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta

individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO. CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Y se ordena la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, y garantía de pensión mínima, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 30/06/1998

CUARTO. CONDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Y se ordena la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, y garantía de pensión mínima, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. .

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 26/09/2000.

QUINTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS, PROTECCIÓN Y PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella.

SEXTO. ABSOLVER a COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS de las demás solicitudes incoadas en su contra en el presente asunto por JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA.

SÉPTIMO. COSTAS. Lo serán a cargo de Colfondos y a favor del demandante. Tásense por secretaría. NOTIFICADOS EN ESTRADOS

4. Argumentos de los recurrentes.

LA PARTE DEMANDANTE, señaló que las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones fueron vencidas dentro del proceso y recordó que las costas son la carga económica que debe afrontar quien obtuvo dentro del proceso y decisión desfavorable, tal y como lo han establecido los artículos 361 a 365 del C.G.P., por lo que deben ser condenadas por tal concepto.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, manifestó que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción, no debe aplicarse el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso concreto y por ello no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se descuentan, adicionalmente, no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Frente a la indexación citó la decisión proferida por el Tribunal de Cali dentro del proceso No. 2021-489, donde se indica que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado con los emolumentos a retornar, posición que reiteró en providencia del 20 de enero del 2023.

Finalmente, **COLPENSIONES** manifestó que, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen, pero, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional se limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de transición en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, quienes se podían trasladar en cualquier momento.

Expuso que esa limitación se justifica en las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución, señalando que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Adujo que, en este caso, el demandante no es beneficiario del régimen de transición para que proceda su traslado en cualquier tiempo, de conformidad con la sentencia C-789 del 2002, SU-062 de 2010 y SU-130 del 2013.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 la parte demandante y 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 el demandante a la A.F.P 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 29 de mayo de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 42 y 52 archivo 09), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., el 20 de octubre de 1995 (fl. 21 archivo 01 y 101 y 128 archivo 07) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: i) a la extinta AFP Colmena, hoy Protección S.A., el 30 de junio de 1998 (fl. 35 archivo 06) y (ii) a Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 20 de septiembre del 2000 (fls. 22 archivo 01, 94 archivo 05, 129 archivo 07 y 192 archivo 14).

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 21 del archivo 01 y 101 y 128 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de octubre de 1995 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 el señor Guarín Mendoza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (20 de octubre 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.

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).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado por edad de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que no es beneficiario del régimen de transición, 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 o si es o no beneficiario del régimen de transición, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

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.

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 aduce 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 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 vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional, lo que da al traste con los argumentos presentados por Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

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 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.**

También, habrá de **MODIFICARSE los numerales segundo, tercero y cuarto** para **ADICIONARLOS** en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., 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 Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., se **REVOCARÁ el numeral séptimo** de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a dichas entidades. 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** 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 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.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR los numerales segundo, tercero y cuarto,** para **ADICIONARLOS** en el sentido de **DISPONER** que, para el

Demandante: **JORGE ENRIQUE GUARÍN MENDOZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., 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.**

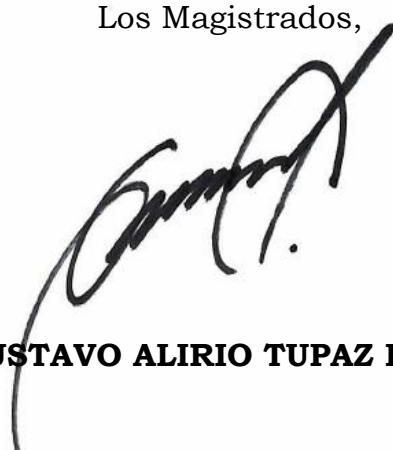
TERCERO. – REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., conforme lo expuesto en esta sentencia.

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

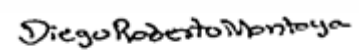
QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

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.

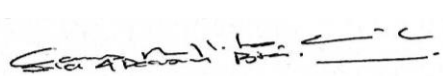
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Sustanciador: Gustavo Alirio Tupaz Parra.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

I. ASUNTO

Se estudia en grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la demandante, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero del 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA ARAQUE LOZANO** interpuso contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES.

1. Pretensiones y hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado que del régimen de prima media (RPM) hizo al de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Como consecuencia de ello, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; y a esta última a reconocer y pagar pensión de vejez.

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 26), se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

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

2.1. Demanda de reconvención de Colfondos S.A.

COLFONDOS S.A. presentó demanda de reconvención (archivo 03) en contra de la señora Clara Hilda Araque Lozano pretendiendo que, en caso de declararse la nulidad de su vinculación, se reintegre las sumas de dinero canceladas por concepto de mesadas pensionales, derivadas de la pensión de invalidez reconocida desde noviembre de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia y su correspondiente indexación y de manera subsidiaria solicita se autorice a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional a reconocer a la demandada, las sumas de dinero que ha venido recibiendo por concepto de mesadas pensionales.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que la demandante se vinculó a esa AFP el 11 de diciembre de 1996, afiliación que se realizó con el lleno de los requisitos legales, que la accionante solicitó el

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez bajo la modalidad de retiro programado, la cual se reconoció desde el mes de noviembre de 2016, con una mesada inicial por valor de \$2.771.816.

2.2. Respuesta a la demanda de reconvención.

Mediante escrito visible en el archivo 12 del expediente digital, la **señora Araque Lozano**, por intermedio de su apoderado, dio contestación a la demanda de reconvención, oponiéndose a las pretensiones de esta acción.

2.3. De la integración del litis consorcio necesario.

Teniendo en cuenta que, mediante auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 20 de mayo del 2021 (archivos 04 y 05), se ordenó la integración del litis consorcio necesario con **la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Seguros Bolívar S.A.**, dichas entidades dieron contestación a la demanda tanto principal como de reconvención, en los siguientes términos.

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (archivo 13), se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda principal; en su defensa propuso, entre otras, la excepción de mérito denominada inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** (archivo 14 folios 1 a 92), se opuso a las pretensiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención y propuso en su defensa, la excepción de fondo de compensación, entre otras.

2.4. Demanda de intervención excluyente.

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, mediante escrito visible a folios 93 a 150 del archivo 14 del expediente digital, presentó demanda de intervención excluyente en relación con las pretensiones formuladas por

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Colfondos S.A. en la demanda de reconvención; con esta demanda, pretende se declare que esa aseguradora tiene derecho a que se le reintegre el valor total de la suma adicional reconocida y pagada para financiar la pensión de invalidez de la señora Clara Hilda Araque Lozano, así como el reintegro del valor total de los pagos de las mesadas pensionales hechos a la señora Araque Lozano.

2.5. De la contestación de la demanda de intervención excluyente.

COLPENSIONES (archivo 25) se opuso a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones de mérito presentó, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 16), se opuso a la mayoría de las pretensiones y en su defensa propuso la excepción de prescripción, entre otras.

3. Providencia consultada.

El **a quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal decisión indicó que, si bien dentro del caso concreto no se demostró por parte de la AFP demandada que a la actora se le hubiese brindado información clara, completa, suficiente y necesaria respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del cambio de régimen pensional, no puede pasarse por alto una situación particular consistente en que la demandante adquirió la prestación por invalidez, lo que quiere decir que tiene el estatus de pensionada.

Por lo anterior, dijo que la Corte Suprema de Justicia tiene una línea jurisprudencial consolidada frente tal situación, la cual data del año 2021 y citó la sentencia SL 4264 del 2022 para precisar que, conforme a las pruebas arrimadas al plenario, se tiene que la demandante ostenta el estatus de pensionada, situación jurídica consolidada que no es viable retrotraer, de acuerdo a la línea jurisprudencial, máxime cuando para

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

consolidar el capital necesario para financiar su pensión, recibió fondos públicos mediante bonos pensionales ya redimidos y fondos de aseguradoras, que afectan a múltiples personas, entidades, actos y relaciones jurídicas y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las demandadas Colfondos S.A., Seguros Bolívar S.A., Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público 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 la 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 el siguiente:

¿Resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de personas que se encuentran pensionados en el régimen de ahorro individual con solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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.

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

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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.

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos de afiliados, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** el órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha adocinado que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Al punto, en la sentencia CSJ SL 373 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, explicó:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es que **la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por**

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, **la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado**". (Negritas fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demandante se afilió al régimen de prima median el 26 de febrero de 1986 (fl. 41 archivo 27) y el 11 de diciembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A., a decir del formulario de vinculación No. 48341 (fl. 67 archivo 26), documento que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto conforme la basta jurisprudencia que en precedencia se ha indicado.

No obstante, pese a que no existe duda de la falta en la información por parte de COLFONDOS S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, pues no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por cuanto, conforme se prueba con la documental arrimada al expediente, **la actora ostenta ya la calidad de pensionada;** prestación que se reconoció por parte de COLFONDOS S.A. ante la solicitud presentada por la aquí demandante el 29 de abril del año 2020 (fl. 39 a 43 archivo 26), y la cual le fue reconocida por esa AFP a partir del 23 de noviembre de 2016, decisión que le fue comunicada a la actora mediante oficio RAD-64873-06-20 del 25 de junio del 2020 (fls. 33 a 35 archivo 26).

Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se itera, la calidad de pensionada que ostenta la activa es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con la afiliada, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Conforme lo expuesto en precedencia, la actora únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR la sentencia** de primera instancia.

IV. COSTAS EN 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 consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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,

Código Único de Identificación: 11001310502320220018401

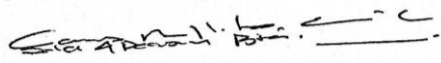
Demandante: CLARA ARAQUE LOZANO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00298 01.

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta, contra la sentencia proferida por Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **HUMBERTO MESA PULDIO** 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, el accionante pretende se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), materializado el 01 de febrero de 1995, así como las posteriores.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00298 01.

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

encuentren en la cuenta de ahorro individual al RAIS, incluyendo costos administrativos; y a esta última a admitir el retorno del actor.

De manera subsidiaria, deprecia el pago de perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante.

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 08), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, las excepciones de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivos 10 y 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y caducidad.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **HUMBERTO MESA PULIDO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de fecha 1º de febrero de 1995 por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena hoy AFP Protección S.A. En consecuencia, **DECLARAR** como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy en día por **COLPENSIONES** conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00298 01.

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus gastos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **HUMBERTO MESA PULIDO** quien se identifica con la C.C. 79.149.257 a **COLPENSIONES.**

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que active la afiliación del aquí demandante en el RPM y proceda a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las administradoras demandadas, esto es **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** Se señalan como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)** a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

SEXTO: Si no fuera apelada la decisión anterior, se deberá **CONSULTAR** con el superior en cuanto le resultó totalmente adversa a los intereses de **COLPENSIONES.**

4. Argumento de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que, esta acción se inicia con el único fin de obtener beneficios económicos y no porque se encuentre demostrado que el demandante se sintiera engañado por los asesores de las AFP.

Expuso que el traslado se encuentra ajustado a lo normado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues el actor prefirió trasladarse al RAIS, donde permaneció por más de 25 años y esperó este tiempo para trasladarse al RPMPD, pese a lo cual no lo hizo a tiempo y pese a ello, sí realizó traslado entre administradoras del RAIS, lo que significa que existe una ratificación tácita, aceptando las condiciones de este régimen.

Adujo que el Decreto 2255 de 2010, expone que es un deber legal como afiliado al sistema general de pensiones estar pendiente de su estatus pensional lo cual en este caso no existió y en cambio, el demandante optó por iniciar una acción legal para *“tratar de subsanar su propio error”*.

Indicó que el e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece una prohibición de traslado, la cual es legal y expresa y que no permite el retorno del demandante al RPM.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00298 01.

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que a los recursos del sistema general de seguridad social no se les puede dar un fin distinto a ello y en tal sentido no puede dársele como finalidad el pago de costas judiciales.

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, 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 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 la otrora A.F.P COLMENA 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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de junio de 1986 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2164-20220119092042.pdf carpeta 11), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 23 de enero de 1995 (fl. 71 archivo 08 y fl 35 archivo 09), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a PORVENIR S.A., el 15 de mayo del 2001 (fl. 30 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, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Colmena hoy Protección S.A., no es menos cierto que fue allegado consulta SIAFP (fl. 71 archivo 08) y pantallazo de consulta por parte de Protección S.A. (fl. 35 archivo 09), que dan cuenta del traslado efectuado por el actor a la AFP Colmena el 23 de enero de 1995; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colmena hoy Protección 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 Mesa Pulido se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (23 de enero 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.

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).

De otro lado, respecto del argumento presentado por la recurrente 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.

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 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 **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, **también deberá devolver los rubros pagados por 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 **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 **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de 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).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00298 01.

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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 Colpensiones, frente a las costas a las que fue condenada esa entidad, no hay lugar a acceder a sus pedimentos, 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:**

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

- 1.1. 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 los aportes, rendimientos, bono pensional, gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, **también deberá devolver los rubros pagados por 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.,** debe 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 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2021 00298 01.

Demandante: **HUMBERTO MESA PULIDO.**

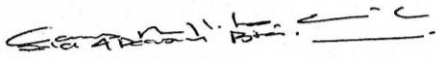
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00096 01.

Demandante: **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

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 Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la señora **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ** interpuso en contra **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN 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 del traslado que del régimen de prima media (RPM) hizo al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizado a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el día 18 de febrero de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los dineros y rendimientos depositados en la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00096 01.

Demandante: **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los gastos de administración debidamente indexados; así mismo, se ordene a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., a trasladar los gastos de administración debidamente indexados, durante el periodo que permaneció afiliada a estos; y a Colpensiones, a que admita el regreso de la demandante.

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

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** (archivo 20), se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 21), también se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepción de mérito, entre otras, la de prescripción.

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

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante WHATFA ABDALA MARTINEZ del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00096 01.

Demandante: **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndola como válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de los aportes realizados por la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes de la demandante junto con sus intereses y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales.

QUINTO: CONDENAR a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

4. Argumentos de los recurrentes.

COLPENSIONES, señaló que a la accionante no le asiste el derecho a reintegrarse al régimen de prima media teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al encontrarse a menos de 10 años para adquirir la categoría de pensionada.

Dijo que, con el margen de tiempo que la demandante ha estado afiliada al RAIS, ha dejado clara su intención de permanecer bajo la cobertura de ese sistema con todo lo que ello implica, dilucidando todo campo de incertidumbre en lo que concierne a su afiliación a Colpatria y a las demás administradoras del RAIS a las que ha estado afiliada desde el año 1999, ello atendiendo lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 413 de 2018.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, manifestó que, la misma Corte Suprema de Justicia ha aclarado que la línea jurisprudencial sobre ineficacia de traslado de régimen pensional solo resulta aplicable de manera diferenciada, según los supuestos fácticos de los que se exige una similitud, la que no se

presenta en este caso, como quiera que la demandante se trasladó al RAIS de manera válida y lo hizo con sustento en las cargas impuestas a los fondos para el año de 1999; que los términos rigurosos por lo que hoy se pretende reprochar a los fondos, sólo fueron impuestos posteriormente y en ese orden de ideas las condenas desconocen el principio de irretroactividad de la ley.

Indicó que no hay razones de hecho ni de derecho que impliquen la ineficacia, teniendo en cuenta que la decisión de la demandante se tomó por su propia cuenta luego de haber recibido suficiente información por parte de los fondos demandados y que motivaron su decisión suscribiendo en varias oportunidades formularios de afiliación, como tampoco objetó ni elevó dudas ante los fondos durante su permanencia en el sistema.

Manifestó que a las AFP se les debe reconocer los gastos de administración, los cuales se usaron en favor de la afiliada para generarle rendimientos financieros, los cuales retornan ostensiblemente aumentados; que no ordenar la aplicación de las restituciones mutuas y compensaciones económicas conlleva a un enriquecimiento sin causa a favor del régimen de prima media; que estos gastos de administración no son dineros llamados a financiar la pensión y que se destinaron por ley a la correcta administración de sus dineros que le generaron rendimientos.

Expuso que las sumas por seguros previsionales son dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia, que en su momento se trasladaron a la aseguradora que cubrió estas contingencias, con lo que cumplieron su finalidad, sin que se admisible su devolución al ser dineros que ya no están en cabeza de esa AFP.

Respecto de la indexación sobre los gastos de administración y sumas previsionales, dijo que su condena es improcedente teniendo en cuenta que los rendimientos que se retornan son superiores a esa condena, y permiten a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, al desestimarse la ineficacia del traslado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 la parte demandante y 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 el demandante a la A.F.P 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 30 de enero de 1990 presenta aportes en tal régimen (sub carpeta HL carpeta 18), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 18 de febrero de 1999 (fl. 21 archivo 05, fl. 34 archivo 20 y fl. 23 archivo 23) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: i) a COLFONDOS S.A. el 28 de octubre de 1999 (fl. 28 archivo 05) y (ii) a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 13 de diciembre de 2005 (fls. 54 archivo 05, fl. 47 archivo 21, fl. 13 archivo 40 y fl. 13 archivo 41).

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 21 del archivo 05, fl. 34 del archivo 20 y fl. 23 del archivo 23, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de febrero de 1999 con la A.F.P. 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 Whatfa Abdala Martínez se trasladó al

régimen de ahorro individual con solidaridad (18 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.

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).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado por edad de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 o si es o no beneficiaria del régimen de transición, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por la citada recurrente, 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. 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).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00096 01.

Demandante: **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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.**

También, habrá de **MODIFICARSE** los **numerales tercero, cuarto y quinto** para **ADICIONARLOS** en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., 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, no son de recibo los argumentos expuestos por Porvenir S.A., mediante los cuales pretende se le absuelva de la condena en costas, 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:

Demandante: **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

“(…) 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 quinto** 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 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.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR** los numerales **tercero, cuarto y quinto** para **ADICIONARLOS** en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los **referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 031 2022 00096 01.

Demandante: **WHATFA ABDALA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

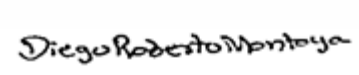
CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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.

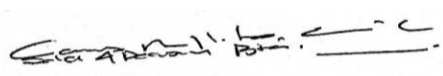
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta, contra la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 22 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA** 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 ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada en el mes de mayo de 1994 a través de Porvenir S.A.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

todos los frutos e intereses causados; y a esta última a recibirlo 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 05), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivos 06 y 07), 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 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 el demandante LUIS CARLOS GARCÍA CORREA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor 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 Porvenir S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV.

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 la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que, se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados con traslado de régimen, la interpretación de esta norma, hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, pues no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, pero si obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en la AFP, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, lo cual quiebra las cargas probatorias en este tipo de procesos.

Dijo que los posibles pensionados tienen el deber de asesorarse, ya que son consumidores financieros, existiendo por ley, unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consiente de permanecer en el régimen seleccionado.

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 cual 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:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P 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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 13 de enero de 1984 presenta aportes en tal régimen (carpeta 07), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLPATRIA el 04 de abril de 1994 (fl. 88 archivo 05) y posteriormente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

se trasladó a PORVENIR S.A., el 27 de diciembre de 1997 (fl. 79 archivo 02 y fl. 91 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 y no como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso.

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 Colpatria hoy Porvenir S.A., no es menos cierto que fue allegado consulta SIAFP (fl. 88 archivo 05), que da cuenta del traslado efectuado por el actor a la AFP Colpatria el 04 de abril de 1994; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colpatria hoy Porvenir 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 García Correa se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (04 de abril 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, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

(CSJSL1688-2019), lo que da al traste con lo argüido por Colpensiones al sustentar su recurso.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, precisado por la recurrente, 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.

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que, como consumidor financiero, el demandante tenía la obligación o el deber de asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado 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, 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 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 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.**

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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 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 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. Para **DISPONER** 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.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00341 01.

Demandante: **LUIS CARLOS GARCÍA CORREA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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.

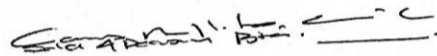
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00120 01.

Demandante: **STELLA MUNEVAR ALFONSO.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **STELLA MUNEVAR ALFONSO** 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 e ineficacia” del traslado de régimen que realizó el 01 de diciembre de 2000 del ISS hoy Colpensiones a Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00120 01.

Demandante: **STELLA MUNEVAR ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

bonos pensionales; y a esta última a realizar las gestiones pertinentes para anular dicho traslado y a recibirla 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:

COLFONDOS S.A. (archivo 03), se opuso únicamente a la pretensión de la demanda correspondiente a la condena en costas y se abstuvo de presentar excepciones de fondo.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 04), 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 traslado efectuado por el señor STELLA MUNEVAR ALFONSO del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de diciembre de 2000, a través de COLFONDOS S.A PENSIONES y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00120 01.

Demandante: **STELLA MUNEVAR ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a Colpensiones, Líquidense con la suma de 1 SMLMV como agencias en derecho.

Sin costas en contra de Colfondos S.A comoquiera que no se opuso a las pretensiones.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, indicó que no se acreditaron los elementos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no se vislumbra ningún elemento como vicios del consentimiento y por el contrario, la demandante se trasladó de manera consiente, libre y voluntaria.

Precisó que, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indica que los afiliados al Sistema General de Pensiones deben recibir una información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también ha de recordarse que el deber de asesoría y buen consejo ha venido evolucionando con el paso del tiempo, ya que para la fecha del traslado de la demandante no le era exigible a los fondos de pensiones realizar proyecciones pensionales y únicamente se exigía suscribir por parte de los afiliados el formulario.

Manifestó que, en el caso de que la demandante no hubiera recibido una asesoría adecuada por parte de Colfondos S.A. respecto de las características de los regímenes pensionales, esta situación ya se encuentra saneada con el paso del tiempo, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra vinculada al RAIS desde hace más de 20 años y la falta de interés por definir su futuro pensional antes de estar inhabilitada por la ley para trasladarse, no podría verse saneada por la inconformidad respecto de las condiciones que recibiría en materia pensional por parte de su administradora, pues la demandante podría asesorarse por voluntad propia, leer los documentos que suscribe y elevar peticiones ante su fondo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00120 01.

Demandante: **STELLA MUNEVAR ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

pensiones, por lo que solicita aplicar la previsión legal que limita la libertad del traslado del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que por razones financieras y en procura de proteger el principio de la sostenibilidad financiera de Colpensiones, no es dable aceptar a la demandante como quiera que ya puede solicitar ante su fondo de pensiones una prestación pensional, bajo las condiciones que en su momento fueron aceptadas por la actora.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 A.F.P 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 01 de agosto de 1988 presenta aportes a tal régimen (fl. 14 archivo 01 y fl. 43 archivo 04 y carpeta 4.1.), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 10 de octubre de 2000 (fl. 11 archivo 03).

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 11 del archivo 03, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de octubre de 2000 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 Munévar Alfonso se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de octubre del 2000) 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), lo que da al traste con los argumentos expuestos por la recurrente.

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 CSJSL 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, como lo anota la recurrente, 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 **ADICIONARLO** para **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.**

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 (CSJ SL1689-2019 y CSJ 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 el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONARLO** y **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 05 036 2020 00120 01.

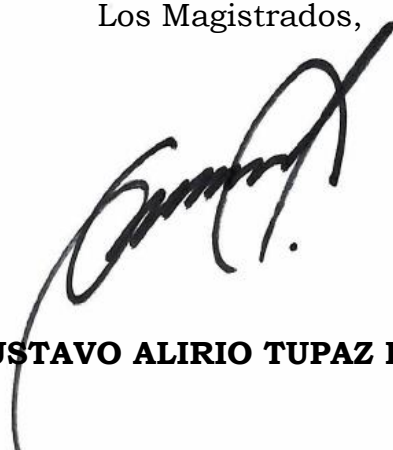
Demandante: **STELLA MUNEVAR ALFONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

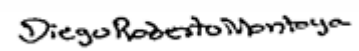
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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.

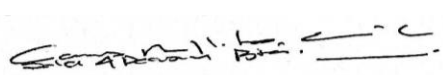
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00153 01.

Demandante: **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN** 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 “nulidad por ineficacia” de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la AFP Colmena S.A. hoy 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00153 01.

Demandante: **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

rendimientos, bono pensional, gastos de administración, semanas de cotización y demás dineros aportados al RAIS.

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. (archivos 05 y 11), se opuso únicamente a la pretensión de la demanda correspondiente a la condena en costas y se abstuvo de presentar excepciones de fondo.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por LENA MARÍA PÉREZ MARÍN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de julio de 1995, a través de la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la COLFONDOS S.A PENSIONES y CESANTÍAS, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00153 01.

Demandante: **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con las AFP COLMENA e ING, como en el que directamente estuvo vinculada con PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, solicitó tener en cuenta el tema de la carga de la inversión de la prueba, pues esta no puede únicamente caber en cabeza de la AFP coodemandada, pues la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando y tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse.

Manifestó que todas y cada una de las actuaciones realizadas por Colpensiones se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir a la demandante se basa única y exclusivamente en el cumplimiento del deber legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

Expuso que declarar la ineficacia del traslado de la demandante afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumplió con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00153 01.

Demandante: **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, por cuanto esta entidad no adeuda suma de dinero alguna a la demandante y no se evidencia negligencia en el actuar de Colpensiones, pues la negativa de recibir a la demandante en la entidad se ajustó a las previsiones legales.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 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 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 COLMENA 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 07 de abril de 1988 presenta aportes a tal régimen (fls. 33 y 37 archivo 01 y fls. 24, 54, 61, 101 y 105 archivo 06), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 01 de junio de 1995 (fl. 57 archivo 01, folio 125 archivo 06 y folio 37 archivo 07), y posteriormente se realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a COLFONDOS S.A., el 26 de marzo del 2001 (folios 65 archivo 01, folio 13 archivo 05 y folio 133 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, lo que da a traste con los argumentos expuestos por Colpensiones en su recurso.

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 57 del archivo 01, 125 del archivo 06 y 37 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01 de junio 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. (...)”*”.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Pérez Marín se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de junio de 1995) 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 CSJSL 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, como lo anota la recurrente, 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 los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONARLO** 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.**

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, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente Colpensiones, sobre la absolución de las costas, ya 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.

Demandante: **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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** los numerales **segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONARLOS** y **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 036 2020 00153 01.
Demandante: **LENA MARÍA PÉREZ MARÍN.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2019 00472 01.

Demandante: **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMÍREZ.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMIREZ** contra **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 nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizada a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás dineros consignados; y a esta última a recibir dichos dineros y activar su afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2019 00472 01.

Demandante: **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMÍREZ.**

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 (archivo 07), 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 11), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMIREZ** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el **FONDO DE PENSIONES COLPATRIA** que tuvo como fecha de suscripción el 30 de agosto de 1996. 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR 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 rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2019 00472 01.

Demandante: **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: 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 lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que, si bien el deber de información existe desde la Ley 100 de 1993, este se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 en donde se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable requerir las mismas formalidades para el momento en que la demandante se afilió, máxime cuando esta acaeció en el año de 1996, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Indicó que, las características, condiciones y modalidades propias de cada uno de los regímenes se encuentra consagrado 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 lo que no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa.

Expuso que la demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria y que la vinculación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, por lo que no se puede desconocer que el afiliado también tiene obligaciones para con la AFP que elija, como consumidor financiero.

Solicitó tener en cuenta el principio de sostenibilidad del sistema financiero, ya que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta el sistema financiero del RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 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 la otrora A.F.P 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 01 de enero de 1983 presenta aportes en tal régimen (historia laboral link archivo 16), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la extinta AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 30 de agosto de 1996 (fl. 55 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 folio 55 del archivo 11, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de agosto de 1996 con la A.F.P. COPLPATRIA 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 Zambrano Ramírez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de agosto de 1996) 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 argumento presentado por la recurrente, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, y que la ignorancia de la ley no es excusa, 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 señala 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2019 00472 01.

Demandante: **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los conceptos allí indicados, **también deberá devolver los rubros pagados por comisiones;** todos estos 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 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,**

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 conceptos allí

Demandante: **CLARA TERESA ZAMBRANO RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

indicados, **también deberá devolver los rubros pagados por comisiones;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

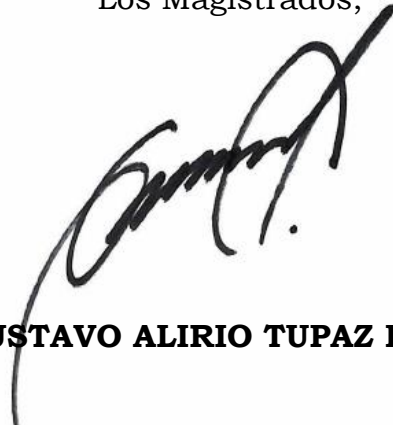
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los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

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.

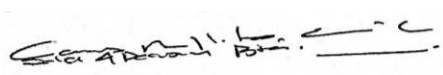
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01
Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**
Demandado: **UGPP Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Sustanciador: Gustavo Alirio Tupaz Parra.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuestos por la **UGPP**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre del 2022 dentro del proceso ordinario laboral que promueven **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA, GABRIEL EDUARDO VERGARA PÉREZ y NOHORA DE JESÚS GONZÁLEZ ROMERO** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y la recurrente.**

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda y su reforma se pretende, de manera principal, el reconocimiento y pago del cálculo actuarial o bono pensional por el tiempo laborado por los demandantes al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01

Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**

Demandado: **UGPP Y OTRA.**

De manera subsidiaria, deprecian el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Se edifica la demanda y de forma principal, en los siguientes hechos:

1) Estuvieron vinculados a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, así: i) Oscar Segundo González Olivera, del 02/11/1973 hasta el 10/05/1983, ii) Gabriel Eduardo Vergara Pérez, del 29/08/1977 hasta el 01/08/1983 y iii) Nohora de Jesús González Romero, del 16/08/1983 hasta el 15/12/1992; **2)** Desempeñaron, en la gerencia oficina Ovejas – Sucre, los siguientes cargos: i) Oscar Segundo González Olivera, vendedor II, ii) Gabriel Eduardo Vergara Pérez, archivero mensajero y iii) Nohora de Jesús González Romero, auxiliar de aseo y cafetería; **3)** Sus últimos salarios fueron: i) Oscar Segundo González Olivera, \$101.608, ii) Gabriel Eduardo Vergara Pérez, \$122.754 y iii) Nohora de Jesús González Romero, \$132.098,83; **4)** La desvinculación de la Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero terminó por parte del empleador; **5)** Su ex empleador nunca los afilió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y no hizo aportes en pensiones.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la demanda

Notificada la pasiva, se allegaron las siguientes contestaciones:

LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL (archivos 05, 13 y 15), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de fondo de prescripción.

En su defensa expuso, en síntesis, que, dada la relación laboral que existió entre los demandantes y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es la UGPP la que debe determinar cualquier tipo de responsabilidad dentro de este proceso.

Por su parte, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** (archivos 06 y 16), se opuso a las pretensiones de la acción

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01

Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**

Demandado: **UGPP Y OTRA.**

y presentó como excepciones de mérito en su defensa, entre otras, la de prescripción.

En resumen, expuso que mediante Resolución RDP 55814 del 28/12/2015 esa entidad le reconoció al señor Oscar González, el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y que los tiempos laborados en la Caja Agraria del 02/11/1972 al 10/05/1983 no pueden ser tenidos en cuenta, toda vez que no se realizó aporte para pensión, por lo que no hay lugar a reconocimiento alguno; precisó que la indemnización sustitutiva no se financia con bono pensional, por lo que no hay lugar a su pago; que los bonos pensionales están destinados única y exclusivamente a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones y que los demandantes no cumplen con tal requisito, pues no se encuentran afiliados a dicho sistema.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (archivos 08, 09 y 12), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de fondo denominada inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Manifestó, en síntesis, que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y que los demandantes no cumplen con los requisitos para acceder a esta prestación, luego no hay lugar a pago alguno de bonos pensionales; respecto de la indemnización sustitutiva deprecada, indicó que esta no se financia con bono pensional, por tratarse de una prestación en la cual las administradoras de pensiones devuelven los aportes o cotizaciones recibidas y por ello tampoco es procedente su pago.

Mediante auto del 12 de octubre del 2021 (archivo 19) se dispuso la vinculación de **COLPENSIONES**, entidad que allegó contestación (archivo 20), oponiéndose a las pretensiones de la demanda y alegando la excepción de prescripción.

Señaló que ninguno de los demandantes tienen derecho a la pensión de vejez por parte de esa entidad; que, atendiendo que el empleador de los demandante fue la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de ser el caso, es esta a quien le corresponde hacerse cargo de la elaboración y pago del cálculo actuarial correspondiente y que lo procedente resulta ser elevar solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva ante la UGPP por ser la entidad competente para pronunciarse de fondo sobre la prestación deprecada por los accionantes.

3. Providencia recurrida

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

PRIMERO: DECLARAR que los demandantes ÓSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA, GABRIEL EDUARDO VERGARA PÉREZ y NOHORA DE JESÚS GONZALEZ ROMERO les asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP a reconocer y pagar a favor los demandantes la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en los siguientes términos:

a. A favor del señor OSCAR SEGUNDO GONZALEZ asciende a la suma de \$13.856.742; valor que ya se encuentra indexado y que, en todo caso, deberá indexarse hasta el pago efectivo de la obligación.

b. A favor del señor GABRIEL EDUARDO VERGARA asciende a la suma de \$8.138.360; valor que ya se encuentra indexado y que, en todo caso, deberá indexarse hasta el pago efectivo de la obligación.

c. A favor de la señora NOHORA DE JESUS GONZALEZ asciende a la suma de \$16.085.835; valor que ya se encuentra indexado y que, en todo caso, deberá indexarse hasta el pago efectivo del mismo.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y así como COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: REMITIR el expediente al Tribunal a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

En síntesis, refirió que, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 y que en este caso, a ninguno de los demandantes le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que no se puede predicar la obligación que surge de impartir el trámite pertinente para el reconocimiento y pago del cálculo actuarial o bono pensional, puesto que, se reitera, no hay lugar a financiar ninguna prestación por vejez.

Manifestó que, pese a que la UGPP alegó la falta de agotamiento de la reclamación administrativa de los demandantes respecto de la pretensión de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, si bien las reclamaciones administrativas obrantes en el proceso hacen alusión al reconocimiento del cálculo actuarial o bono pensional, no es menos cierto que, frente al demandante Oscar González, este ya había realizado la solicitud pero fue negada, con lo que ya estaba agotado el conocimiento del conflicto por parte de la demandada y, respecto de Gabriel Vergara y Nohora González, si bien no se acredita reclamaciones, es obligación de esta especialidad, garantizar derechos mínimos e irrenunciables como los derivados de la seguridad social, por lo que procede al estudio de la pretensión subsidiaria.

En cuanto a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, consideró que, independiente de que no se hubieran realizado aportes por los periodos laborados, por cuanto la UGPP asumió las obligaciones del extinto empleador de los demandantes, por lo que debe proceder al reconocimiento prestacional en virtud de los periodos laborados por los actores al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, posición que fue adoptada en sentencia T-148 de 2019 de la Corte Constitucional, donde se advirtió el criterio imperante en el reconocimiento y aseguramiento que debe establecerse a las prestaciones de la seguridad social, por lo que no puede ser desconocido el tiempo laborado, independientemente que no se hayan realizado los aportes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01

Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**

Demandado: **UGPP Y OTRA.**

Finalizó indicando que, sentencias como la SL 3659 del 2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dispuesto la imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva por ser un derecho de carácter pensional que suple el reconocimiento de la pensión de vejez.

4. Argumento de la recurrente.

La **UGPP**, expuso que, ninguno de los demandantes acreditan los requisitos para ser beneficiarios de la indemnización sustitutiva a cargo de esa entidad como trabajadores de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, pues no cumplieron con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y tampoco obra prueba en el plenario de que hubieren agotado el requisito de procedibilidad para solicitar el reconocimiento de esta prestación, además que, en el caso del señor Oscar González, mediante Resolución RT 55814 del 28/12/2015, se le reconoció el pago de una indemnización sustitutiva de vejez.

Señaló que, los demandantes no acreditaron el certificado para proceder al estudio o verificar la respectiva liquidación o pago de la indemnización sustitutiva y por ello no es viable condenar a la entidad al pago de esta prestación, retroactivos y menos la indexación de suma alguna.

Expuso que, en caso de que no se acojan sus argumentos, solicitó revisar el valor de la indemnización sustitutiva otorgada a cada uno de los demandantes con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera, así como los términos prescriptivos, teniendo en cuenta que la entidad no tuvo en sede administrativa la posibilidad de efectuar pronunciamiento al respecto

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la UGPP las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a la UGPP.

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 a estudiar la pretensión subsidiaria al no haberse presentado la reclamación administrativa de que trata el artículo 6 del CPTSS? Y en caso positivo, ¿si a los demandantes les asiste el derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los periodos que laboraron para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la reclamación administrativa del artículo 6 del CPTSS.

La reclamación administrativa se constituye en una prerrogativa que la legislación brinda a las entidades para no ser llevadas ante los estrados judiciales, sin que, antes de que su conducta sea sometida al escrutinio de los jueces de la República, ellas puedan revisar sus propios actos y, en consecuencia, subsanarlos dentro del término que la misma ley determina, para ello es suficiente el simple reclamo escrito que haga el trabajador, afiliado o pensionado, sobre el derecho que pretenda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01

Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**

Demandado: **UGPP Y OTRA.**

Este ha sido el entendimiento de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en las sentencias del 17 de junio de 2007 y 22 de junio de 2016, Rad. 52067, según las cuales, se ha manifestado que la intención del legislador ha sido y es darle la oportunidad a la administración para que se pronuncie respecto de la solicitud que eleven los ciudadanos, para que, si es del caso, se enmienden los errores y se conceda el respectivo derecho, evitando el desgaste del proceso judicial; por tanto, mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez del trabajo no adquiere competencia para conocer del asunto.

Es así como, tratándose de acciones dirigidas contra entidades de la administración pública, la reclamación administrativa, se constituye como un factor de competencia, siendo un deber ineludible del Juez constatar su cumplimiento en el estudio de la demanda.

Ahora bien, se duele la demandada de la ausencia de reclamación administrativa por parte de los demandantes respecto de la pretensión subsidiaria referente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Al punto, tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que la falta de reclamación administrativa es una irregularidad saneable, pues tal defecto, si bien debe ser advertido por el operador judicial al momento del estudio de la demanda, debe ser alegado oportunamente por la demandada, proponiendo la excepción previa correspondiente.

Frente al particular, la sentencia CSJ SL 736 de 2018, señaló:

“tampoco tenía trascendencia el hecho de que no se hubiera formulado reclamación administrativa en torno a esa precisa pretensión, pues, como lo ha adoctrinado esta sala, dicha situación podría generar una irregularidad saneada, por no haber sido propuesta oportunamente la respectiva excepción previa (CSJ SL13128-2014).”

Posición reiterada en la CSJ SL 2035 del 2020, donde se dijo:

“(…) bien es sabido que si algún reproche tenía en torno a la regla del artículo 6° del CPTSS, la vía para atacar la falta de competencia, en razón al no agotamiento de la reclamación administrativa, era la excepción previa respectiva, formulada con la contestación de la demanda, para ser resuelta en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, quedando subsanada la falencia aducida si no se alega en este momento procesal.”

Y en la sentencia CSJ SL 2150 de 2021, expuso:

“(…) respecto al cuestionamiento de la opositora sobre la falta de congruencia entre lo que el accionante solicitó en la reclamación administrativa y a lo que persiguió en el trámite ordinario, que la Sala advierte que tal planteamiento es extemporáneo, pues dichas circunstancias las debió alegar en la contestación de la demanda como excepción previa, lo que no ocurrió, de modo que tal anomalía procedimental quedó saneada (CSJ SL1054-2018).”

Así las cosas, si bien es cierto dentro del plenario no obra constancia de que los demandantes hubieren presentado reclamación administrativa ante la UGPP solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es menos cierto que dicha falencia quedó subsanada cuando la pasiva no formuló la excepción previa correspondiente, tal y como lo ha reseñado la jurisprudencia antes citada, por lo que no encuentra razones para atender positivamente los argumentos presentados por la apelante frente al particular.

De la indemnización sustitutiva.

La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es un derecho pensional que se reconoce en beneficio de quienes, pese a cumplir con la edad mínima para acceder a una pensión de vejez, no hubieren cotizado el número mínimo de semanas para acceder a dicha prestación pensional y declaren su imposibilidad de seguir cotizando, y puede entenderse como un reemplazo de la pensión de vejez; actualmente, se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Para el caso concreto, teniendo en cuenta que los demandantes prestaron sus servicios a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pertinente resulta citar la sentencia CSJ SL 3694 del 2021, en donde el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción expuso:

“Así, la jurisprudencia vigente de la Sala ha señalado que la solución jurídica efectiva para validar los tiempos prestados por los trabajadores antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya sea por omisión de afiliación por parte del empleador o porque no había cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión, es con el pago del correspondiente cálculo actuarial y para ello es necesario que la persona trabajadora esté afiliada o se afilie a un ente de previsión o de seguridad social, como en este caso, pues tal cálculo debe trasladarse a satisfacción de estas entidades (CSJ SL4334-2019, CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020).

Igualmente, es oportuno destacar que la indemnización sustitutiva es un derecho de carácter pensional que se reconoce en reemplazo de la prestación de vejez, a fin de permitirle a los afiliados del régimen de prima media con prestación definida que (i) tienen la edad para obtener la pensión de vejez, (ii) no aportaron el mínimo de semanas exigidas y (iii) declararon su imposibilidad de continuar cotizando, reclamar los aportes realizados en toda su vida laboral (CSJ SL4559-2019 y SL4698-2020).

Y no puede olvidarse que los trabajadores afiliados al ISS, incluso antes de la Ley 100 de 1993, tenían la posibilidad de acceder a una indemnización sustitutiva a cargo de esa entidad de seguridad social por las cotizaciones realizadas y de conformidad con las condiciones establecidas en sus reglamentos (artículos 7 y 13 del Decreto 3041 de 1966, 9 y 14 del Decreto 758 de 1990, según el caso).

Esta prerrogativa se mantuvo con la expedición de la Ley 100 de 1993 a través de su artículo 37, solo que con un criterio universal e integral, pues en armonía con el literal f) del artículo 13 *ibidem*, a partir de la entrada en vigencia de esta norma debe tenerse en cuenta *«para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, (...) la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la*

vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio» (resalta la Sala).

Y téngase presente, además, que al igual que en los eventos de omisión en la afiliación o falta de cobertura del ISS a efectos de disponer el cálculo actuarial (CSJ SL16715-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL2412-2016 y CSJ SL14215-2017), en el caso de la indemnización sustitutiva «(...) es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia» (CSJ SL1419-2018), debido al carácter retrospectivo que tienen las disposiciones de la seguridad social.

Por otra parte, el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó tal disposición normativa, consagró que la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a «cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador».

En el anterior contexto, **es claro que en vigencia de la Ley 100 de 1993 los tiempos de servicios que las personas trabajaron con anterioridad a su vigencia sin cotización al ISS, independientemente de su causa -omisión del empleador o falta de cobertura- deben ser respaldados por el cálculo actuarial a cargo del empleador y a satisfacción del respectivo ente de seguridad social para financiar las eventuales prestaciones pensionales, entre ellas, la indemnización sustitutiva** en el caso del régimen de prima media con prestación definida cuando existe la afiliación respectiva, prestación que, desde luego, deberá incluir en su totalidad *el tiempo servido* por la persona, en los términos expuestos.” (Negrilla fuera de texto)

Posición reiterada en la reciente sentencia CSJ SL 1607 del año que avanza.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional también se ha pronunciado en similar sentido. Por ejemplo, en la sentencia CC T-148 de 2019, al citar la CC T-681 de 2013, dijo:

“En particular, la providencia en mención realizó un amplio análisis en relación con los responsables del cubrimiento de la prestación. Específicamente, aclaró que son diferentes los entes obligados a reconocer la indemnización sustitutiva, a partir de factores como *“(i) la condición del empleador, (ii) la naturaleza jurídica de las entidades que asumieron los riesgos que surgen como consecuencia de la vejez y (iii) el momento en que cesó la relación laboral”*.

Así, precisó que, por regla general, el reconocimiento de la prestación le corresponde a la administradora del régimen de prima media a la que se encuentra vinculado el trabajador, incluso frente al tiempo laborado o cotizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993. No obstante, **la Sala consideró que en tratándose de servidores públicos que laboraron antes de la entrada en vigencia de la aludida ley, cuyo riesgo no haya sido trasladado a una entidad de previsión social, su otorgamiento le corresponde a la última entidad o empresa pública que haya fungido como empleadora.**” (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ***“para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.”***, por lo que, a efectos de reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aquí deprecada, han de tenerse en cuenta el tiempo laborado por los demandantes a la otrora Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, prestación que, en este caso debe ser reconocida por el último empleador, es decir la UGPP.

Ahora bien, aduce la UGPP en su recurso, que los accionantes no cumplen con los requisitos para acceder a la mentada indemnización, los cuales se encuentran dispuestos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y son: (i) haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, (ii) no haber cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y (iii) que declaren su

imposibilidad de continuar cotizando, por lo que pasa la Sala a verificar si los actores cumplen o no con tales requisitos.

En cuanto al requisito de **edad**, se tiene que los demandantes cumplen con el requisito de edad, así : (i) el señor Oscar Segundo González Olivera cumplió los 62 años de edad el 29 de marzo del 2013, (ii) Gabriel Eduardo Vergara Pérez los cumplió el 02 de noviembre de 2016 y (iii) la señora Nohora de Jesús González Romero cumplió 57 años de edad el 25 de enero de 2014, a decir de los documentos de identidad llegados a folios 19 del archivo 01, 39 y 59 del archivo 07 del expediente digital; en cuanto a las **semanas cotizadas**, se tiene que ninguno alcanzó con el mínimo de semanas exigidas en la ley para acceder al derecho pensional, conforme los certificados Clebp y/o Cetil allegados (fls. 22 a 30 archivo 01, 44 a 51 y 62 a 67 archivo 07, 38 a 45 archivo 16, 97 a 103 y 109 a 117 archivo 20), pues los demandantes efectuaron las siguientes cotizaciones: (i) Oscar Segundo González Olivera un total de 592.42 semanas¹, (ii) el señor Gabriel Eduardo Vergara Pérez 305 semanas y (iii) la señora Nohora de Jesús González Romero un total de 489.14 semanas cotizadas; y finalmente, en cuanto a la declaración de **imposibilidad de seguir cotizando**, ella se infiere, así: respecto (i) del señor Oscar Segundo González Olivera del reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 307583 del 07/10/2015 (fls. 75 a 83 archivo 20), acto administrativo en donde se indica “*que obra declaración juramentada extrajuicio en la que el señor González Olivera Oscar Segundo manifiesta su imposibilidad de continuar cotizando al sistema general de pensiones.*”, (ii) del señor Gabriel Eduardo Vergara Pérez y la señora Nohora de Jesús González Romero, ya que no efectuaron cotizaciones al sistema, como lo indican las documentales de folios 53 a 57 del archivo 20, y se evidencia en el reporte RUAF que no reportan afiliación al sistema general de pensiones.

¹ Semanas resultantes de los tiempos laborados a la Caja de de Crédito Agrario, Industrial y Minero y las cotizadas a Colpensiones (conforme historia laboral obrante a folios 90 a 92 del archivo 20).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01
Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**
Demandado: **UGPP Y OTRA.**

INFORMACIÓN BÁSICA					Fecha de Corte:	2023-08-25
Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo	
CC 18875305	GABRIEL	EDUARDO	VERGARA	PEREZ	M	
AFILIACIÓN A SALUD					Fecha de Corte:	2023-08-25
Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio	
EPS FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S.	Subsidiado	01/06/2008	Activo	CABEZA DE FAMILIA	OVEJAS	
AFILIACIÓN A PENSIONES					Fecha de Corte:	2023-08-25
No se han reportado afiliaciones para esta persona						
INFORMACIÓN BÁSICA					Fecha de Corte:	2023-08-25
Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo	
CC 23020398	NOHORA	DE JESUS	GONZALEZ	ROMERO	F	
AFILIACIÓN A SALUD					Fecha de Corte:	2023-08-25
Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio	
COOSALUD EPS S.A.	Subsidiado	01/04/1998	Activo	CABEZA DE FAMILIA	OVEJAS	
AFILIACIÓN A PENSIONES					Fecha de Corte:	2023-08-25
No se han reportado afiliaciones para esta persona						

Así las cosas, contrario a lo indicado por la UGPP, los demandantes sí cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que pasa a revisarse la liquidación efectuada en primera instancia.

Al punto, debe señalarse que el Decreto 1730 de 2001 en su artículo 3, estableció la siguiente fórmula para el cálculo de la prementada prestación:

“(…) $I = SBC \times SC \times PPC$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara

separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Así, efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, con ayuda del Grupo Liquidador², se tiene que el valor a cancelar a los demandantes por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, indexado al 17 de noviembre de 2022, fecha en la que se profirió el fallo de primer grado, es:

- (i) A Oscar Segundo González Olivera, la suma de \$ 7.779.369;
- (ii) A Gabriel Eduardo Vergara Pérez, la suma de \$4.502.328; y
- (iii) A Nohora de Jesús González Romero, la suma de \$9.090.978.

Y en tal sentido se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia de primera instancia, aclarando que dichas sumas deben ser indexadas al momento de su pago, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Prescripción

Al punto, la H. Corte Constitucional en sentencias como la CC T -510 de 2017, que reitera la CC T -546 de 2008, ha enseñado que es imprescriptible la indemnización sustitutiva, en tanto busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, por lo que, al

² Que se incorporan y hacen parte integral de esta sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01

Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**

Demandado: **UGPP Y OTRA.**

equipararse a un derecho pensional, su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

En igual sentido, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ STL20644-2017 y CSJ SL4559-2019, puntualizó que la indemnización sustitutiva no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica; motivo por el que es imprescriptible.

IV. COSTAS EN 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 primer grado en el sentido de establecer que el valor a pagar a los demandantes por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es:

- (i) A Oscar Segundo González Olivera, la suma de \$ 7.779.369;
- (ii) A Gabriel Eduardo Vergara Pérez, la suma de \$4.502.328; y
- (iii) A Nohora de Jesús González Romero, la suma de \$9.090.978.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2020 00117 01

Demandante: **OSCAR SEGUNDO GONZÁLEZ OLIVERA Y OTROS.**

Demandado: **UGPP Y OTRA.**

Sumas que deben indexarse al momento de su pago, atendiendo lo expuesto en esta providencia.

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.

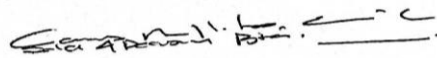
Los Magistrados



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL			
MAGISTRADO: DR. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ			
RADICACION: 110013105037202011701			
DEMANDANTE : NOHORA GONZALEZ			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2022 para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.			

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	Colpensiones	x
	Otros	

Promedio Salarial Anual							
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/83	31/08/83	31	16.530,00	551,00	\$ 17.081,00		
01/09/83	30/09/83	30	16.530,00	551,00	\$ 16.530,00		
01/10/83	31/10/83	31	16.530,00	551,00	\$ 17.081,00		
01/11/83	30/11/83	30	16.530,00	551,00	\$ 16.530,00		
01/12/83	31/12/83	31	16.530,00	551,00	\$ 17.081,00		
Total días		153			\$ 84.303,00	\$ 551,00	\$ 16.530,00
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	16.530,00	551,00	\$ 17.081,00		
01/02/84	29/02/84	29	16.530,00	551,00	\$ 15.979,00		
01/03/84	31/03/84	31	20.443,00	681,43	\$ 21.124,43		
01/04/84	30/04/84	30	20.443,00	681,43	\$ 20.443,00		
01/05/84	31/05/84	31	20.443,00	681,43	\$ 21.124,43		
01/06/84	30/06/84	30	20.443,00	681,43	\$ 20.443,00		
01/07/84	30/07/84	30	20.443,00	681,43	\$ 20.443,00		
01/08/84	31/08/84	31	20.443,00	681,43	\$ 21.124,43		
01/09/84	30/09/84	30	20.443,00	681,43	\$ 20.443,00		
01/10/84	31/10/84	31	20.443,00	681,43	\$ 21.124,43		
01/11/84	30/11/84	30	20.443,00	681,43	\$ 20.443,00		
01/12/84	31/12/84	31	20.443,00	681,43	\$ 21.124,43		
Total días		365			\$ 240.897,17	\$ 659,99	\$ 19.799,77
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	20.443,00	681,43	\$ 21.124,43		
01/02/85	28/02/85	28	20.443,00	681,43	\$ 19.080,13		
01/03/85	31/03/85	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
01/04/85	30/04/85	30	24.121,00	804,03	\$ 24.121,00		
01/05/85	31/05/85	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
01/06/85	30/06/85	30	24.121,00	804,03	\$ 24.121,00		
01/07/85	31/07/85	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
01/08/85	31/08/85	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
01/09/85	30/09/85	30	24.121,00	804,03	\$ 24.121,00		
01/10/85	31/10/85	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
01/11/85	30/11/85	30	24.121,00	804,03	\$ 24.121,00		
01/12/85	31/12/85	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
Total días		365			\$ 286.238,77	\$ 784,22	\$ 23.526,47
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	24.121,00	804,03	\$ 24.925,03		
01/02/86	28/02/86	28	24.121,00	804,03	\$ 22.512,93		
01/03/86	31/03/86	31	29.187,00	972,90	\$ 30.159,90		
01/04/86	30/04/86	30	29.187,00	972,90	\$ 29.187,00		
01/05/86	31/05/86	31	29.187,00	972,90	\$ 30.159,90		
01/06/86	30/06/86	30	29.187,00	972,90	\$ 29.187,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/07/86	31/07/86	31	29.187,00	972,90	\$ 30.159,90		
01/08/86	31/08/86	31	30.647,00	1.021,57	\$ 31.668,57		
01/09/86	30/09/86	30	32.106,00	1.070,20	\$ 32.106,00		
01/10/86	31/10/86	31	32.106,00	1.070,20	\$ 33.176,20		
01/11/86	30/11/86	30	32.106,00	1.070,20	\$ 32.106,00		
01/12/86	31/12/86	31	32.106,00	1.070,20	\$ 33.176,20		
Total días		365			\$ 358.524,63	\$ 982,26	\$ 29.467,78
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	32.106,00	1.070,20	\$ 33.176,20		
01/02/87	28/02/87	28	32.106,00	1.070,20	\$ 29.965,60		
01/03/87	31/03/87	31	38.528,00	1.284,27	\$ 39.812,27		
01/04/87	30/04/87	30	38.528,00	1.284,27	\$ 38.528,00		
01/05/87	31/05/87	31	38.528,00	1.284,27	\$ 39.812,27		
01/06/87	30/06/87	30	38.528,00	1.284,27	\$ 38.528,00		
01/07/87	31/07/87	31	38.528,00	1.284,27	\$ 39.812,27		
01/08/87	31/08/87	31	38.703,00	1.290,10	\$ 39.993,10		
01/09/87	30/09/87	30	38.878,00	1.295,93	\$ 38.878,00		
01/10/87	31/10/87	31	38.878,00	1.295,93	\$ 40.173,93		
01/11/87	30/11/87	30	38.878,00	1.295,93	\$ 38.878,00		
01/12/87	31/12/87	31	38.878,00	1.295,93	\$ 40.173,93		
Total días		365			\$ 457.731,57	\$ 1.254,06	\$ 37.621,77
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	38.878,00	1.295,93	\$ 40.173,93		
01/02/88	29/02/88	29	39.360,00	1.312,00	\$ 38.048,00		
01/03/88	31/03/88	31	48.599,00	1.619,97	\$ 50.218,97		
01/04/88	30/04/88	30	48.599,00	1.619,97	\$ 48.599,00		
01/05/88	31/05/88	31	48.599,00	1.619,97	\$ 50.218,97		
01/06/88	30/06/88	30	48.599,00	1.619,97	\$ 48.599,00		
01/07/88	31/07/88	31	48.599,00	1.619,97	\$ 50.218,97		
01/08/88	31/08/88	31	49.036,00	1.634,53	\$ 50.670,53		
01/09/88	30/09/88	30	49.474,00	1.649,13	\$ 49.474,00		
01/10/88	31/10/88	31	49.474,00	1.649,13	\$ 51.123,13		
01/11/88	30/11/88	30	49.474,00	1.649,13	\$ 49.474,00		
01/12/88	31/12/88	31	49.474,00	1.649,13	\$ 51.123,13		
Total días		366			\$ 577.941,63	\$ 1.579,08	\$ 47.372,27
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	49.891,00	1.663,03	\$ 51.554,03		
01/02/89	28/02/89	28	50.604,00	1.686,80	\$ 47.230,40		
01/03/89	31/03/89	31	62.128,00	2.070,93	\$ 64.198,93		
01/04/89	30/04/89	30	62.128,00	2.070,93	\$ 62.128,00		
01/05/89	31/05/89	31	62.128,00	2.070,93	\$ 64.198,93		
01/06/89	30/06/89	30	62.128,00	2.070,93	\$ 62.128,00		
01/07/89	31/07/89	31	62.128,00	2.070,93	\$ 64.198,93		
01/08/89	31/08/89	31	62.678,00	2.089,27	\$ 64.767,27		
01/09/89	30/09/89	30	63.227,00	2.107,57	\$ 63.227,00		
01/10/89	31/10/89	31	63.227,00	2.107,57	\$ 65.334,57		
01/11/89	30/11/89	30	63.227,00	2.107,57	\$ 63.227,00		
01/12/89	31/12/89	31	63.227,00	2.107,57	\$ 65.334,57		
Total días		365			\$ 737.527,63	\$ 2.020,62	\$ 60.618,71
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	63.227,00	2.107,57	\$ 65.334,57		
01/02/90	28/02/90	28	64.423,00	2.147,43	\$ 60.128,13		
01/03/90	31/03/90	31	81.564,00	2.718,80	\$ 84.282,80		
01/04/90	30/04/90	30	81.564,00	2.718,80	\$ 81.564,00		
01/05/90	31/05/90	31	81.564,00	2.718,80	\$ 84.282,80		
01/06/90	30/06/90	30	81.564,00	2.718,80	\$ 81.564,00		
01/07/90	31/07/90	31	81.564,00	2.718,80	\$ 84.282,80		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/08/90	31/08/90	31	81.919,00	2.730,63	\$ 84.649,63		
01/09/90	30/09/90	30	82.273,00	2.742,43	\$ 82.273,00		
01/10/90	31/10/90	31	82.273,00	2.742,43	\$ 85.015,43		
01/11/90	30/11/90	30	82.273,00	2.742,43	\$ 82.273,00		
01/12/90	31/12/90	31	82.273,00	2.742,43	\$ 85.015,43		
Total días		365			\$ 960.665,60	\$ 2.631,96	\$ 78.958,82
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	82.273,00	2.742,43	\$ 85.015,43		
01/02/91	28/02/91	28	83.805,00	2.793,50	\$ 78.218,00		
01/03/91	31/03/91	31	104.487,00	3.482,90	\$ 107.969,90		
01/04/91	30/04/91	30	104.487,00	3.482,90	\$ 104.487,00		
01/05/91	31/05/91	31	104.487,00	3.482,90	\$ 107.969,90		
01/06/91	30/06/91	30	104.487,00	3.482,90	\$ 104.487,00		
01/07/91	31/07/91	31	104.487,00	3.482,90	\$ 107.969,90		
01/08/91	31/08/91	31	105.388,00	3.512,93	\$ 108.900,93		
01/09/91	30/09/91	30	106.289,00	3.542,97	\$ 106.289,00		
01/10/91	31/10/91	31	106.289,00	3.542,97	\$ 109.831,97		
01/11/91	30/11/91	30	106.289,00	3.542,97	\$ 106.289,00		
01/12/91	31/12/91	31	106.289,00	3.542,97	\$ 109.831,97		
Total días		365			\$ 1.237.260,00	\$ 3.389,75	\$ 101.692,60
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	108.453,00	3.615,10	\$ 112.068,10		
01/02/92	29/02/92	29	134.669,00	4.488,97	\$ 130.180,03		
01/03/92	31/03/92	31	134.669,00	4.488,97	\$ 139.157,97		
01/04/92	30/04/92	30	134.669,00	4.488,97	\$ 134.669,00		
01/05/92	31/05/92	31	134.669,00	4.488,97	\$ 139.157,97		
01/06/92	30/06/92	30	134.669,00	4.488,97	\$ 134.669,00		
01/07/92	31/07/92	31	134.669,00	4.488,97	\$ 139.157,97		
01/08/92	31/08/92	31	135.810,00	4.527,00	\$ 140.337,00		
01/09/92	30/09/92	30	136.952,00	4.565,07	\$ 136.952,00		
01/10/92	31/10/92	31	136.952,00	4.565,07	\$ 141.517,07		
01/11/92	30/11/92	30	136.952,00	4.565,07	\$ 136.952,00		
01/12/92	15/12/92	15	125.539,00	4.184,63	\$ 62.769,50		
Total días		350			\$ 1.547.587,60	\$ 4.421,68	\$ 132.650,37

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1983	153	1,410	123,510	87,596	\$ 16.530,00	\$ 1.447.958,00	\$ 7.384.586,00
1984	365	1,650	123,510	74,855	\$ 19.799,77	\$ 1.482.103,00	\$ 18.032.253,00
1985	365	1,950	123,510	63,338	\$ 23.526,47	\$ 1.490.131,00	\$ 18.129.927,00
1986	365	2,380	123,510	51,895	\$ 29.467,78	\$ 1.529.229,00	\$ 18.605.620,00
1987	365	2,880	123,510	42,885	\$ 37.621,77	\$ 1.613.425,00	\$ 19.630.004,00
1988	366	3,580	123,510	34,500	\$ 47.372,27	\$ 1.634.343,00	\$ 19.938.985,00
1989	365	4,580	123,510	26,967	\$ 60.618,71	\$ 1.634.720,00	\$ 19.889.093,00
1990	365	5,780	123,510	21,369	\$ 78.958,82	\$ 1.687.232,00	\$ 20.527.989,00
1991	365	7,650	123,510	16,145	\$ 101.692,60	\$ 1.641.837,00	\$ 19.975.684,00
1992	350	9,700	123,510	12,733	\$ 132.650,37	\$ 1.689.036,00	\$ 19.705.420,00
Total días	3424	Total devengado actualizado a				2022	\$ 181.819.561,00
Semanas Cotizadas S.C.	489,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 371.710,55
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					5,000%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2022	\$ 9.090.978,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 9.090.978
Total	\$ 9.090.978

Fuente	Tabla del IPC - DANE



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

FECHA	FECHA DE RECEPCIÓN
Observaciones	

Fecha liquidación miércoles, 30 de agosto de 2023 Recibe: _____

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

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 Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ** la primera adelanta contra las **RECURRENTES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos financieros, intereses y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

gastos administrativos; y a esta última a incorporar los aportes a la historia laboral.

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

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 05), 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 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ** con destino a la A.F.P. **PORVENIR S.A.** con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 05 de julio de 1996. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.**, que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por **COLPENSIONES**, las cotizaciones integralmente efectuadas y recibidas, respecto del demandante, con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

INDICE INICIAL

x

VALOR HISTORICO

(Valor de cada cotización recibida por la AFP)

=

VALOR INDEXADO

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Sin lugar a deducciones por cuotas de administración, seguros previsionales o cualquier otro valor.

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

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las results del juicio, el Despacho declarar no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

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

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

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS con al AFP Porvenir S.A.; que efectuó solicitud de traslado del RAIS al RPM cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo que deviene en la imposibilidad de trasladarse se régimen.

Indicó que el traslado efectuado a la AFP goza de plena validez y no puede el demandante alegar su propia culpa para beneficiarse, además, la buena fe se presume, lo que le impone al demandante como carga procesal, el desvirtuar la buena fe con la que actuó el fondo privado al momento de su afiliación.

Expuso que el afiliado, como consumidor financiero, también tiene obligaciones para con la AFP, con lo que el deber de información se integra, por una parte con el deber de asesoría y buen consejo y con la información que debe adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones y modalidades de los regímenes pensionales.

Adujo que la permanencia del demandante en el RAIS evidencia con claridad que este aceptó y se acogió a las reglas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía, dieron como causal su aceptación para regirse por las normas del RAIS.

Finalmente, indicó que no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia del traslado a los demás afiliados del RPM.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Finalmente, **PORVENIR S.A.** dijo que, si los efectos de la ineficacia son retornar las cosas a su estado anterior, basta con ordenarle a esta AFP a devolver las cotizaciones integrales debidamente indexadas y de llegar a sobrar dineros, estos son dineros que corresponderían a los rendimientos que se generaron por la administración de estos recursos, por lo que no tiene fundamento jurídico alguno ordenarle a Porvenir S.A. a trasladar esos dineros al fondo de solidaridad pensional, cuando ninguna de las cotizaciones, teniendo en cuenta el IBC del demandante, tenía que haberse destinado algún porcentaje con miras al fondo de solidaridad pensional.

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, 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 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.

6. 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:

En primer lugar ¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la AFP 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 marzo de 1995 presenta aportes en tal régimen (fl. 46 archivo 05), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 05 de julio de 1996 (fl. 71 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 folio 71 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de julio de 1996 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*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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 Peña Jiménez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de julio de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, 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.

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).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado por edad de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 o si es o no beneficiario del régimen de transición, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por la citada recurrente, 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 el actor, como consumidor financiero tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, 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.

De otro lado, 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 actor, con lo que se financiará la pensión.

Así las cosas, preciso resulta 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Por lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de 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 de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **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.**

Adicionalmente, **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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.

Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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 el numeral segundo** de la sentencia apelada 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, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **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.**

DISPONER 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.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

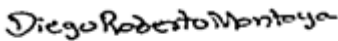
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00291 01.
Demandante: **SERGIO PEÑA JIMÉNEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

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.

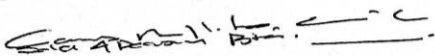
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2014-00347 -01.

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ** contra la providencia que el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 31 de enero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que adelanta **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ** contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de compañera permanente una pensión de sobrevivientes, a partir del fallecimiento del causante, acrecimiento, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Arturo Espinel Albarracín falleció el 04 de mayo de 2005; **2)** El 21 de agosto de 2008 solicitó pensión de sobrevivientes, la que se reconoció mediante Resolución 032966 del 29 de octubre de 2010; no obstante, a través de la Resolución 027629 del 11 de agosto de 2011 se dejó en suspenso el 50% que le fue reconocido; **3)** Presentó queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia; **4)** Convivió con el causante del 15 de octubre de

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

1988 hasta su fallecimiento, compartiendo techo, lecho, habitación y procreando dos hijas, Erika Rocío y Angie Nathaly Espinel Daza; y **5)** Interpuso los recursos de ley, sin embargo mediante Resolución GNR 245328 del 02 de octubre de 2013 se negó la prestación con fundamento en que ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ había solicitado previamente la pensión.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Intervención Ad Excludendum.

Presentó demanda *ad excludendum* **ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ**, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, en condición de cónyuge, desde el 04 de mayo de 2005, junto con los respectivos reajustes legales, mesadas adicionales, indexación, e intereses moratorios (fls. 112 a 118 y 126 a 128 del archivo 01).

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: **1)** El 25 de julio de 1987 contrajo nupcias con el causante; relación en la que procrearon a Edwin Alexander Espinel López, quien nació el 09 de marzo de 1988; **2)** El 04 de mayo de 2005 falleció el señor Espinel Albarracín; y **3)** Dependía económicamente del causante, con quien convivió en el mismo techo en forma permanente y sin interrupciones.

2.2. Vinculación Partes.

Mediante auto del 02 de septiembre de 2016 se dispuso la vinculación de **ERIKA ROCÍO y ANGIE NATHALY ESPINEL DAZA**, quienes no se opusieron las pretensiones presentadas por su madre, MYRIAM DAZA GONZÁLEZ, y se les tuvo por NO CONTESTADA la demanda impetrada por tal demandante (fls. 149, 150, 162 a 169, 172 y 173 del archivo 01).

2.3. Respuesta a las Demandas.

COLPENSIONES (fls. 132 a 139 y 177 a 190 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Adujo que conforme al artículo 34 del Decreto 758 de 1990 cuando existe controversia entre beneficiarios se debe suspender su reconocimiento hasta que este se decida judicialmente; y que no es la competente para decidir quién es la verdadera beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Por su parte, **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ, ERIKA ROCÍO y ANGIE NATHALY ESPINEL DAZA** también se opusieron a las pretensiones de la demanda de ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor (fls. 196 a 205 del archivo 01).

Explicaron que la señora ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ en ningún momento convivió con el causante ni dependía económicamente de este.

Finalmente, **ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ** de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 08).

Señaló que no le consta de otra relación sentimental que hubiera tenido el causante; y que nunca se divorció del causante.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que MYRIAM DAZA GONZALEZ es la beneficiaria de la pensión de sobreviviente del señor Arturo Espinel Albarracín (q.e.p.d.), inicialmente en un 50%, y cuando termine el derecho de Angie Nathaly y Erika Rocio Espinel Daza (si no ha terminado), esta se incrementara en un 100%.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de e MYRIAM DAZA GONZÁLEZ a partir del 04 de mayo del 2005, en catorce mesadas al año.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ, la suma correspondiente de aportes para salud.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho respecto de ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por MYRIAM DAZA GONZÁLEZ y de la totalidad de pretensiones incoadas por ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que el causante falleció el 04 de mayo de 2005, en calidad de afiliado, por lo que, la norma aplicable es la vigente a tal momento, la Ley 797 de 2003; que el causante dejó causada la pensión de sobrevivientes, pues acumula más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; que la demandante demostró convivir con el causante desde 1988 de forma continua hasta el fallecimiento de este, conforme declaraciones extraprocesales y testigos Martha Teresa Espinel Albarracín, Efraín Espinel Giraldo, Ana Judith Albarracín Soler y, Janeth Ayala Cañón, por demás que era su beneficiaria en salud, por lo que tiene derecho a pensión de sobrevivientes; que si bien es dable que la cónyuge, ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ acredite cinco años de convivencia en cualquier tiempo, no se demostró tal tiempo, pues los testigos Myriam Silva de Sanabria y Guillermo Antonio Silva Quevedo no dan cuenta de tal periodo de convivencia, sino de alrededor de tres años, por demás que incurrieron en contradicciones con el interrogatorio de parte y lo señalado en la demanda; que la pensión de la demandante se debe incrementar en un 100% a partir del momento en que dejaron de gozar la prestación sus hijas; que no operó prescripción, como quiera que reclamó dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho y se agotó la reclamación administrativa hasta el 18 de marzo de 2015, calenda en la que ya se había interpuesto la demanda; y que no hay lugar a intereses moratorios, puesto que el derecho pretendido se encontraba en controversia.

4. Argumentos de la Recurrente.

ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ señaló que al momento de analizarse las pruebas no se dio valor suficiente al interrogatorio de parte, donde se hizo alusión de siete año de convivencia, lo que se señaló también mediante declaración extraprocesal mediante la gravedad de juramento; y que de los testigos es dable establecer que el causante no se desligó de sus obligaciones como esposo y padre, por lo que en suma a la existencia de un matrimonio vigente, es posible considerar que tenía derecho a la pensión como cónyuge.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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.

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 las demandantes como consecuencia del fallecimiento de Arturo Espinel Albarracín?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Compañera Permanente vs Cónyuge Supérstite.

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 Arturo Espinel Albarracín -04 de mayo de 2005- (fl. 8 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.

Al respecto, es necesario precisar que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 regula el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando no hay duda sobre la convivencia al momento de la muerte; y por su parte, el literal b) de la misma disposición prevé, el caso de la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, lo que implica que no hay cohabitación para la época del deceso.

En ese sentido, 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, lo que aplica cuando se está frente al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando no existe duda sobre la convivencia al momento de la muerte, por manera que, en tal caso, la cónyuge que pretenda la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado debe acreditar no solo tal condición, la de cónyuge, sino también la “*convivencia vigente para el momento de la muerte*” así como la conformación y pertenencia al núcleo familiar (CSJ SL1575-2023).

Sin embargo, cuando se está frente al presupuesto contenido en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, 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 ante tal controversia 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 si bien en este presupuestos no se le exige convivencia al momento de la muerte, debe acreditar 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 Espinel Albarracín falleció ostentando el estatus de afiliado, y que MYRIAM DAZA GONZÁLEZ y ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ alegan la calidad de compañera permanente y cónyuge, respectivamente, por lo que al existir controversia en cuanto a la convivencia al momento de la muerte, debía acreditarse por parte de la primera cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, y por parte de la segunda, en cualquier tiempo.

Al punto, se encuentra que MYRIAM DAZA GONZÁLEZ acreditó que el 12 de noviembre de 1990 y 25 de mayo de 1995 nacieron sus hijas, ANGIE NATHALY y ERIKA ROCÍO ESPINEL DAZA (fls. 12 a 15 del archivo 01). Igualmente, obran declaraciones extraprocesales de Marta Teresa Espinel Albarracín, Carmen Rosa Sotelo Sotelo, Efraín Espinel Giraldo, Ana Judith Albarracín Soler, Yaneth Ayala Cañón, Yuri Jasbleidy Bautista Vega y Dora Quiñones Gutiérrez de los que se puede colegir que el causante y la señora Daza González convivieron por lo menos desde octubre de 1988 hasta su fallecimiento, que tuvieron dos hijas, y que la demandante dependía del causante (fl.16 a 20 del archivo 01, 49 del archivo 18).

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, a juicio comparecieron a rendir testimonio Marta Teresa Espinel Albarracín, Efraín Espinel Giraldo, Ana Judith Albarracín Soler y Yaneth Ayala Cañón, quienes reafirmaron una convivencia entre la señora Daza González con el causante desde 1988 hasta el fallecimiento de este, la procreación de dos hijos, la convivencia permanente e ininterrumpida, la

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

dependencia económica de esta demandante frente al causante, y las razones que sustentaban sus declaraciones.

De igual manera, obra afiliación a salud del causante a tal demandante y sus hijas como sus beneficiarias en salud desde el 11 de abril de 2003 (fls.297 a 299 del archivo 08).

Por tanto, la Sala considera que MYRIAM DAZA GONZÁLEZ acreditó con suficiencia su convivencia con el señor Espinel Albarracín desde octubre de 1988 hasta el fallecimiento de este, 04 de mayo de 2005, por lo que se procede a verificar si la señora ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ acreditó los presupuestos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del exánime.

Al respecto, la Sala encuentra que la señora López Ramírez y el causante contrajeron nupcias el 25 de julio de 1987 y que, tuvieron un hijo, Edwin Alexander Espinel López el 09 de marzo de 1988 (fls. 104 y 105 del archivo 01). Asimismo, rindió declaración extraprocesal Ligia Triana López y Stella Garzón Suárez quienes dieron cuenta de una convivencia de siete años, y de la existencia de un hijo (fls.289 a 296 del archivo 08).

Así las cosas, el acervo probatorio es insuficiente para establecer la convivencia deprecada, pues de las declaraciones extraprocesales no se puede establecer certeramente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentó la convivencia ni las razones por las que le constaba tal convivencia, lo que no se logra subsanar con los testigos comparecientes Myriam Silva de Sanabria y Guillermo Antonio Silva Quevedo, ya que, si bien aluden a una convivencia desde 1987, no les consta esta desde la década de los 90's, pues únicamente lo veían en compañía de su hijo, y se encontraban con él esporádicamente.

En tales condiciones, la Sala considera que le asiste razón a la A Quo en reconocer la pensión a favor de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ y no, a ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ, pues ciertamente el acervo probatorio es insuficiente para establecer una convivencia de por lo menos cinco años en cualquier tiempo, máxime si se tiene en cuenta que los testigos Marta Teresa

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Espinel Albarracín y Ana Judith Albarracín Soler, hermana y madre del causante, señalaron que el causante únicamente estuvo con la señora ESPERANZA LÓPEZ MARTÍNEZ alrededor de un año.

Al punto, se esclarece que el interrogatorio de parte surtido por tal demandante no tiene el alcance para que se tenga por acreditado el periodo de convivencia aludido, recuérdese que la finalidad del interrogatorio de parte es lograr la confesión, además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Por lo expuesto, se confirmará el reconocimiento efectuado a MYRIAM DAZA GONZÁLEZ y la absolución frente a ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ y, se procederá a verificar en grado jurisdiccional de consulta las demás condenas.

Fecha de Reconocimiento, Valor de la Mesada, Mesadas Adicionales y Prescripción.

En juicio está acreditado que el causante falleció el 04 de mayo de 2005, 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 el 50% de la prestación y en catorce mesadas, puesto que a través de la Resolución 027629 del 11 de agosto de 2011 se reconoció la prestación en catorce mesadas y el restante 50% se otorgó a sus hijas ERIKA ROCÍO y ANGIE NATHALY ESPINEL DAZA (fls. 21 a 26 del archivo 01).

En cuanto a la prescripción, contrario a lo expuesto por la A quo, dicho fenómeno sí acaeció, dado que la prestación se hizo exigible el 04 de mayo de 2005, y se solicitó por parte de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ la prestación por fuera de los tres años siguientes, esto es, hasta el 21 de agosto de 2008 (fls. 21 a 26 del archivo 01), por lo que, se logró interrumpir la prescripción de las mesadas causadas con posterioridad al 21 de agosto de 2005.

La reclamación del 21 de agosto de 2008 fue desatada con la Resolución 027629 del 11 de agosto de 2011, notificada el 03 de octubre del mismo año, mediante la que se dispuso suspender el reconocimiento

prestacional a favor de la cónyuge y/o compañera permanente; decisión frente a la que la señora Daza González interpuso los recursos de reposición y de apelación el 10 de octubre de 2011 (fls. 27 a 30 del archivo 01), siendo desatado el último recurso hasta la Resolución VPB 25933 del 18 de marzo de 2015 (fls. 77 a 82 del archivo 01), esto es, cuando ya se había impetrado demanda, lo que acaeció el 03 de junio de 2014 (fl.54 del archivo 01).

Conforme a lo dicho, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que COLPENSIONES debe pagar la pensión de sobrevivientes a favor de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ a partir del 21 de agosto de 2005, al haber operado la prescripción de los valores pensionales causados con anterioridad a tal calenda.

Del Acrecimiento de la Pensión de Sobrevivientes.

La figura del acrecimiento pensional se configura cuando el beneficiario de una pensión de sobrevivientes tiene el derecho compartido con otros beneficiarios y su mesada pensional se ve aumentada como consecuencia del fallecimiento, expiración o pérdida del derecho de otro de los beneficiarios (CSJ SL1803-2018 reiterada en la CSJ SL2131-2021).

Lo dicho se acompasa con el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994 que dispone que la pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, en un 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales; y que cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

Teniendo en cuenta los anteriores derroteros, ciertamente le asiste razón a la *A Quo* al ordenar el acrecimiento de la pensión de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ en un 100%, a partir del momento en que sus hijas, ERIKA ROCÍO y ANGIE NATHALY ESPINEL DAZA dejen o dejaron de percibir su mesada pensional, por manera, que sin más miramientos dicha condena se confirmará.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2014-00347 -01.

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ.

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 COLPENSIONES debe pagar a favor de MYRIAM DAZA GONZÁLEZ la pensión de sobrevivientes a partir del 21 de agosto de 2005.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ.

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 05-022-2014-00347 -01.

Demandante: **MYRIAM DAZA GONZÁLEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Diego Roberto Montoya

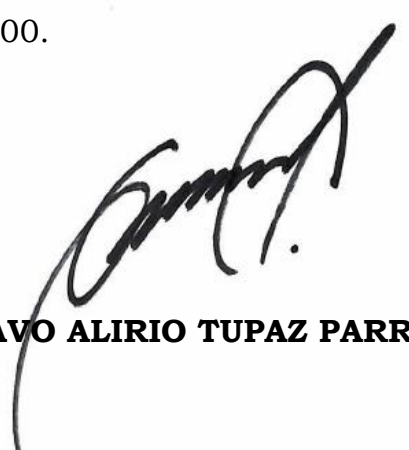
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de ESPERANZA LÓPEZ RAMÍREZ como agencias en derecho la suma de \$250.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00619 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN Y OTRA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de diciembre de 2022, así como en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN y CIELO MILENA TOBÓN VALENCIA** adelantan contra **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, las demandantes pretenden el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y auxilio funerario causado por el fallecimiento de Gabriel Antonio Tobón Agudelo por valor de \$18'442.925 junto con los respectivos intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Gabriel Antonio Tobón Agudelo falleció el 02 de noviembre de 2013 al ser atropellado por un vehículo de placas HLM 79B que circulaba sin S.O.A.T.;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00619 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN Y OTRA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

2) El 16 de julio de 2014 solicitaron la indemnización por muerte y auxilio funerario, no obstante, ante la falta de respuesta interpuso en dos ocasiones acción de tutela, que resultaron favorables; **3)** El 14 de agosto de 2015, se comunicaron con ellas informando que se debía allegar una certificación bancaria; y **4)** El 02 de diciembre de 2015 se respondió negativamente la reclamación por cuanto el formulario no fue suscrito en debida forma y no se allegó certificación bancaria, lo que pese a no ser cierto, hizo que aportaran nuevamente tal documental, la que se presentó nuevamente ante la demandada, quien no ha proferido nueva respuesta.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 98 a 118 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó que la competente para conocer de las pretensiones era la A.D.R.E.S.

2.2. Vinculación de la A.D.R.E.S.

Mediante providencia del 19 de julio de 2019 se tuvo a la **A.D.R.E.S.** como sucesora procesal de LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 196 a 198 del archivo 01), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción (fls. 137 a 161 del archivo 01).

Indicó que la reclamación se presentó sin el lleno de los requisitos formales para proceder a su pago; y que el procedimiento para la reclamación de facturas exige el cumplimiento de parámetros, habida cuenta que su cumplimiento exige la sujeción al proceso presupuestal y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00619 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN Y OTRA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

como consecuencia, la programación, adición y consecuente ordenación del gasto.

2.3. Asignación de Competencia.

En audiencia del 12 de agosto de 2020, la A Quo remitió el proceso a los juzgados administrativos (fls. 255 y 256 del archivo 01).

El proceso arribó al Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá-Sección Primera, quien mediante providencia del 13 de mayo de 2021 declaró su incompetencia para conocer del asunto y remitió el proceso a la H. Corte Constitucional, quien el 15 de junio de 2022 asignó competencia a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (archivo 05 de la subcarpeta 11001333400320210002700 obrante en la carpeta 07 y archivo 08).

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que las demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por muerte en accidente de tránsito de GABRIEL ANTONIO TOBÓN AGUDELO (q.e.p.d.).

SEGUNDO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a reconocer y pagar a GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN en calidad de cónyuge supérstite de GABRIEL ANTONIO TOBÓN AGUDELO (q.e.p.d.) la suma de \$5'895.000 por concepto de indemnización por muerte en accidente de tránsito, junto con los intereses moratorios establecidos para los tributos administrados por la D.I.A.N.

TERCERO: CONDENAR a la A.D.R.E.S. a reconocer y pagar a CIELO MILENA TOBÓN VALENCIA en calidad de hija de GABRIEL ANTONIO TOBÓN AGUDELO (q.e.p.d.) la suma de \$5'895.000 por concepto de indemnización por muerte en accidente de tránsito, junto con los intereses moratorios establecidos para los tributos administrados por la D.I.A.N.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción en cuanto a la pretensión encaminada a obtener el auxilio funerario y no probadas las demás conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la A.D.R.E.S. y a favor de las demandantes. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la única suma de \$600.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la norma aplicable para dirimir la controversia es la norma aplicable al momento del siniestro, esto

es, el Decreto 3990 de 2007 al fallecer el causante en 2013; que conforme a tal norma la responsable de la indemnización por muerte y el auxilio funerario de vehículo sin S.O.A.T. vigente era el F.O.S.Y.G.A. hoy A.D.R.E.S.; que se allegaron la totalidad de documentos para que se procediera al pago de dichas prestaciones económicas; que por lo anterior, hay lugar al pago de la indemnización por muerte la que equivale a \$11'790.000, correspondiéndole a cada demandante un 50% de esta; que dicha prestación no se ve afectada por el fenómeno prescriptivo puesto que la reclamación se elevó el 16 de julio de 2014, y esta se respondió hasta el 02 de diciembre de 2015; que si bien se allegaron los documentos correspondientes para que hubiera lugar a auxilio funerario, esta prestación se solicitó con la demanda, por lo que operó el fenómeno prescriptivo; y que ante el incumplimiento del pago aludido, hay lugar a intereses moratorios, por tratarse de un simple resarcimiento económico.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que en 2011-2012 se permitió que se presentara una reclamación de indemnización por muerte y auxilio funerario en un solo formulario, por lo que se está frente a la misma solicitud, tal y como se puede establecer del formulario allegado, por demás que se reclamó una suma de \$16'000.000 aproximadamente; y que las agencias en derecho se deben incrementar pues se tuvo que interponer acción de tutela, en el trámite se tuvo que acudir incluso hasta la Corte Constitucional, y a la omisión casi dolosa en no responder por parte de la A.D.R.E.S.

Por su parte, la **A.D.R.E.S.** señaló que a través del artículo 218 de la Ley 100 de 1993 se creó el F.O.S.Y.G.A., estableciéndose la subcuenta E.C.A.T. y señalándose los requisitos que se debían cumplir para lograr el pago las prestaciones a cargo de dicha subcuenta; que con el cumplimiento de los requisitos del el Decreto 3990 de 2007, se salvaguarda no sólo los recursos en sí sino los principios de debido proceso, igualdad, transparencia, imparcialidad, eficiencia, economía y celeridad; y que se hizo una glosa que no fueron desvirtuadas; que los intereses moratorios sólo son

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00619 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN Y OTRA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

procedentes deben emanar de una norma expresa, los que no se plasman en tal normatividad, por demás que no es dable aplicar normas análogas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero 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 la A.D.R.E.S.

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 ordenar el reconocimiento de la indemnización por muerte y el auxilio funerario?, ¿es factible el reconocimiento de intereses moratorios o de indexación? y, es ¿dable en esta instancia procesal cambiar el valor de las agencias en derecho?

Tesis

Revocar parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

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

Recobros a la Subcuenta de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito E.C.A.T.

El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó que, en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas y en catástrofes naturales, los afiliados al sistema de salud tienen derecho a los servicios médico- quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial.

Para el caso de los accidentes de tránsito, se previó que el cubrimiento de los servicios médicos quirúrgicos y demás prestaciones quedan a cargo de las aseguradoras del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, S.O.A.T.; no obstante, cuando se está frente a víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados, dicho cobro se deberá efectuar ante la subcuenta E.C.A.T.; beneficio con el que también cuentan las víctimas de eventos terroristas y catastróficos (artículos 34 del Decreto 1283 de 1996 y, 2 del Decreto 3990 de 2007).

Actualmente, debe entenderse que el pago de dichos rubros, en virtud de la expedición de la Ley 1753 de 2015 y del Decreto 1429 de 2016, se encuentran en cabeza de la Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud- A.D.R.E.S., quien es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA; lo que puede observarse claramente definido en el artículo 31 de la última normatividad.

Así mismo, el Decreto 3990 en su artículo 2° establece: *“Beneficios. Las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito (...), tendrán derecho a los servicios y prestaciones (...) bien sea con cargo a la entidad aseguradora que hubiere expedido el SOAT...o con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga (...) así: (...).* **3. Indemnización por muerte de la víctima.** *En caso de muerte de la víctima como consecuencia directa del accidente de tránsito o del evento terrorista o catastrófico, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de este, se reconocerá una indemnización equivalente a seiscientos (600) salarios mínimos legales diarios vigentes aplicables al momento del accidente o evento.* **4. Indemnización por gastos funerarios.** *En el evento previsto en el numeral anterior, se reconocerá una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la ocurrencia del accidente o evento.*

Si la persona fallecida estuviere afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, los gastos funerarios correrán por cuenta de la Administradora del Sistema General de Pensiones o de la Administradora del Sistema General de Riesgos Profesionales, de conformidad con la regulación de cada uno de los citados Sistemas de Seguridad Social, entidades que podrán repetir contra el SOAT en los casos en que el accidente de tránsito esté cubierto por dicha póliza (...)."

Así mismo, el artículo 3° *ejusdem* establece en relación con los servicios médico -quirúrgicos en los eventos catastróficos, actos terroristas, y accidente de tránsito no cubiertos por una aseguradora, que es legitimado para reclamar los beneficiarios en caso de muerte, quien por demás es beneficiario según la misma normatividad.

De igual manera, el artículo 4 *ejusdem* determina que, las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a las prestaciones amparadas, deberán acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere; dicha reclamación estará conformada por los formularios adoptados por el Ministerio de la Protección Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, en original o copia auténtica, según el caso.

Ahora bien, observa la Sala que se glosó la solicitud presentada por cuanto el formulario no venía completamente diligenciado en todos sus campos y firmado por la reclamante familiar de la víctima (falta teléfono), no se aportó certificación en original de una entidad bancaria vigilada por la Superintendencia Financiera (fls. 58 y 59 del archivo 01).

Al respecto, debe advertirse que frente a los recobros, los requisitos formales (artículo 4 del Decreto 3990 de 2007) se encuentran debidamente acreditados, tal y como se adujo en primera instancia y puede observarse en los archivos obrantes el archivo 01, pues fueron allegadas los correspondientes formatos F.U.R.I.P.S. (Formulario Único de Reclamación

por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en atención a los servicios prestados a víctimas de accidentes de tránsito y eventos terroristas o catastróficos) y/o F.U.R.P.E.N., original del certificado de defunción expedido por notario y el acta de levantamiento de cadáver, atención médica, certificado de necropsia médico legal, certificación de la Fiscalía en la cual cursa el proceso de muerte en accidente de tránsito de la víctima, informe policial, factura de servicios funerarios, y pruebas de la condición de beneficiarios (fls. 22 a 57 del archivo 01).

Así las cosas, se considera acertada la decisión de la *A Quo* en cuanto a la posibilidad de determinar que la demandada tenía en su poder documentos suficientes, para efectuar el reconocimiento de las prestaciones económicas que se demanda, por lo que, en tal sentido la sentencia se confirmará.

Prescripción.

Adujo el apoderado de la parte actora que dentro de la reclamación de la indemnización por muerte se incluyó la del auxilio funerario. Al punto, encuentra la Sala que la reclamación del 16 de julio de 2014 únicamente versa sobre la indemnización aludida, no contiene auxilio funerario, sin embargo, en la solicitud del 22 de abril de 2015 sí se estableció tal rubro (fls. 48 a 54 del archivo 01), por lo que en tales condiciones es posible considerar que se interrumpió el fenómeno prescriptivo frente a estos valores, puesto que incluso el fallecimiento del señor Gabriel Antonio Tobón Agudelo acaeció el 02 de noviembre de 2013, por lo que resulta claro que se requirió dentro de los tres años de que trata los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Se aclara que, conforme pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, tal tipo de facturas, están sujetos al término prescriptivo las facturas cambiarias de conformidad con el artículo 772 del C.Co, esto es, de tres años; mismo término que contempla la normatividad laboral para el establecimiento de la prescripción, conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. En consecuencia, se **REVOCARÁ** el

numeral cuarto de la sentencia, para en su lugar DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, así como se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de señalar que a cargo de la A.D.R.E.S también se debe pagar el valor por concepto de auxilio funerario.

Valores a Reconocer por Indemnización por Muerte y Auxilio Funerario.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 3990 de 2007 se debe pagar por concepto de indemnización por muerte 600 salarios mínimos diarios, y por auxilio funerario, 150, por tanto, y dado que el siniestro acaeció en 2013, se tiene que el valor a pagar por el primer rubro es \$11'790.000, y por el segundo, \$2'947.500, esto es, un total de \$14'737.500, por lo que le corresponde a cada demandante la suma de **\$7'368.750**. Por tanto, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de establecer que se deben pagar el valor aludido a cargo de cada una de las demandantes.

Intereses moratorios e indexación.

El artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 señala que si no se reclama la cuenta de cobro dentro del término establecido para tal efecto no habrá reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias; lo que no se aplicará cuando la glosa sea infundada.

Así las cosas, la procedencia de los intereses moratorios está supeditada a la presentación de glosas infundadas, siempre y cuando su cobro no se presente dentro del término legal a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador; bajo dicha precisión, como quedó visto se procedió a verificar si se allegó la documentación necesaria para dar respuesta a la solicitud de la demandante, encontrándose que las razones para no reconocérselas se encontraban infundadas.

Sin embargo, se observa que frente que las solicitudes frente a las prestaciones económicas pretendidas no se presentaron en el término de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00619 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN Y OTRA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

seis meses, por lo que conforme al aludido artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 no hay lugar a intereses moratorios, pues se elevó solicitud hasta el 16 de julio de 2014, no obstante, el fallecimiento data, se itera, del 02 de noviembre de 2013, esto es, cuando habían transcurrido 8 meses y 14 días.

Igualmente, frente a los servicios funerarios se denota que la factura de tales servicios se pagó el 04 de noviembre de 2013, empero existe reclamación hasta el 22 de abril de 2015, es decir, cuando habían transcurrido 1 año, 5 meses y 19 días.

Por tanto, se considera que no hay lugar a intereses moratorios, no obstante, y dado que se han visto a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, es dable reconocer las condenas debidamente indexadas, por lo que se **REVOCARÁN PARCIALMENTE los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios, para en su lugar ordenar a la A.D.R.E.S. reconocer las condenas debidamente **indexadas**.

Costas. Agencias en Derecho.

En cuanto a los reparos expuestos por la demandante 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.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán ajustar teniendo en cuenta las revocatorias y modificaciones realizadas 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 el numeral cuarto** de la sentencia. En su lugar, se DECLARAN NO PROBADAS las excepciones propuestas por la A.D.R.E.S.

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que la A.D.R.E.S. también debe reconocer los valores pagados por concepto de servicios funerarios.

TERCERO. –. **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización por muerte y servicios funerarios se debe pagar a favor de cada una de las demandantes, GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN y CIELO MILENA TOBÓN VALENCIA, la suma de **\$7'368.750.**

CUARTO. –. **REVOCAR PARCIALMENTE los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en cuanto se ordenó el pago de intereses moratorios, en su lugar, se CONDENA a la A.D.R.E.S. a reconocer y pagar a GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN y CIELO MILENA TOBÓN VALENCIA, las condenas debidamente **indexadas.**

QUINTO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

SEXTO. –. Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán ajustarse teniendo en cuenta las modificaciones y revocatorias realizadas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2017-00619 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS VALENCIA DE TOBÓN Y OTRA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

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.

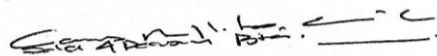
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2017-00749 -01.

Demandante: **RAFAEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

AUTO

ACEPTAR la renuncia de poder efectuada por el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán identificado con C.C. 80.421.257 de Bogotá y T.P. 86.117 del C.S. de la j, como apoderado de COLPENSIONES, por encontrarse acorde con lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P.

RECONOCER personería adjetiva para actuar al Dr. Miguel Ángel Cadena Miranda identificado con C.C. 1.020.792.591 de Bogotá y T.P. 380.420 del C.S. de la j, como apoderado de PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **RAFAEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ** adelanta contra **PORVENIR S.A., 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 del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. por no informarse claramente las consecuencias de su traslado, así como de sus traslados posteriores. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, y a COLPENSIONES a recibir tales valores.

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 11, 31 y 43) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba 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 de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el actor a través de Colmena S.A. Pensiones y Cesantías.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: Sin costas.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que realizó el demandante en 1994; que fue la A.F.P. quien tenía el deber de suministrar en forma debida la información, por lo que, debe ser esta quien asuma el reconocimiento de la prestación con los mismos beneficios del régimen de prima media; que se deben restituir todos los valores recibidos por las A.F.P. para garantizar el principio de sostenibilidad jurídica; y que no debe ser favorecida ni perjudicada con esta decisión.

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, 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 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 el demandante a Colmena S.A. Pensiones y Cesantías, 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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 13 de julio de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folio 7 del archivo 03 y archivo 15; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de noviembre de 1994 (fl.1 del archivo 03).

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 1 del archivo 03 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 10 de noviembre de 1994 con Cesantías y Pensiones 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. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Vega Rodríguez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de noviembre de 1994) 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 los asesores de Cesantías y Pensiones Colmena sólo le dijo que el I.S.S. se iba a acabar, que ahora existían los fondos privados, que para no perder su capital debía trasladarse, que tendría una mejor pensión, así como que esta se reconocería de forma anticipada; 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 al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A. el 31 de marzo de 1998 (fl.13, 14 15 del archivo 31), a PORVENIR S.A. el 18 de agosto de 1999, a ING Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de marzo de 2003, a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 06 de agosto de 2009, es de anotar que la misma no supe la obligación primigenia que tenía Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. de haberle brindado

en el año 1994 (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 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, incluso, 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 y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión;** todos los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, lo dicho también implica que le correspondía a **PROTECCIÓN S.A.** devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR tal condena.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de 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).

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 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 y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión;** todos los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, en el sentido de ADICIONAR que **PROTECCIÓN S.A.** debe devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas al actor por concepto de **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de 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 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.

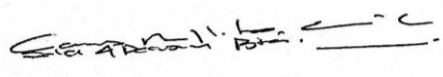
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2017-00749 -01.
Demandante: **RAFAEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2018-00069 -02.

Demandante: **JOSÉ ARNULFO DUARTE RUBIANO.**

Demandado: **BENECIO MORENO CIFUENTES 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **JOSÉ ARNULFO DUARTE RUBIANO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **BENECIO MORENO CIFUENTES y LUIS FERNANDO MORENO ÁNGEL.**

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 01 de enero de 1995. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías y, aportes a seguridad social en salud y pensiones.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Celebró contrato de trabajo verbal con los demandados como Cuidador de predio ubicado en la Diagonal 71 F Sur N° 0-49; **2)** Devengaba el salario mínimo mensual vigente; **3)** Prestaba sus servicios de manera personal y

Demandante: **JOSÉ ARNULFO DUARTE RUBIANO.**

Demandado: **BENECIO MORENO CIFUENTES Y OTRO.**

subordinada, sin que existiera queja alguna por su labor; **4)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende ni fue afiliado a seguridad social; y **5)** Existió sustitución patronal, ya que, los actuales propietarios del predio donde labora son los demandados.

2. Respuesta a la Demanda.

BENECIO MORENO CIFUENTES y LUIS FERNANDO MORENO ÁNGEL (archivo 03), contestaron a través de Curador Ad Litem, quien señaló que no le costaban los hechos que se sujetaba a lo que apareciera demostrado.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no se acreditó la prestación del servicio del actor a favor de los demandados, pues se demostró la celebración de diversos contratos de arrendamiento con la señora Nancy Becerra, así como de certificado de existencia y representación legal del actor que da cuenta de una actividad comercial propia; y que si en gracia de discusión se tuviera en cuenta lo dicho por el testigo Álvaro Araque, se arribaría a la conclusión que sería Nancy Becerra eventualmente su empleadora y, no los demandados.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que se dio credibilidad al testimonio de Nancy Becerra, no obstante, a esta no se podía vincular, ya que, el vínculo laboral empezó en “1985”, es decir, mucho antes de que Nancy Becerra hubiera llegado al predio; que por lo anterior, no era viable dejar atrás el interrogatorio de parte del actor y el testimonio de Álvaro Araque, pues de estos se logra extraer la existencia de una relación laboral, y los elementos de este; y que los documentos que se incorporaron con el testimonio de Nancy Becerra se tuvieron en cuenta sin tener en cuenta sus calendas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas que la relación que ató a las partes era de índole laboral?

Tesis

Confirmar 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 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; por lo que, con independencia de que la parte actora hubiere consentido la celebración de un contrato civil, al ser considerada la parte débil de la relación laboral, sí aparecen acreditados tales presupuestos, se estará en presencia de un contrato de trabajo.

Descendiendo al caso, se encuentra que a favor de la parte actora compareció a rendir testimonio Álvaro Araque Trujillo, quien manifestó que el demandante guardaba vehículos de su propiedad en el parqueadero donde trabajaba; que los propietarios de tal parqueadero son los demandados; que esa labor se efectuaba desde 1995; que sabía que eran propietarios por estuvo haciendo negociaciones del lote con ellos; que va esporádicamente al parqueadero; que el actor trabajaba de 7:00 P.M. a 7:00 A.M., de domingo a domingo; que Nancy Becerra y Orlando son los que manejan la plata; que las funciones del actor han sido estar pendiente de los vehículos, recibirlos, moverlos y dejarlos listos conforme el orden de salida; y que no recuerda el nombre del parqueadero.

De esta manera, el testimonio del señor Álvaro Araque Trujillo es insuficiente para tener por acreditada la existencia de una relación laboral, pues si bien manifiesta que el demandante se dedicaba al cuidado de carros, no señala con suficiente certeza a favor de quien lo hacía, pues frente a los demandados únicamente hace alusión a que estos eran los dueños del parqueadero, pero no señala que el servicio se prestara a favor de estos o que las órdenes en la ejecución de sus servicios o la imposición de horarios proviniera de ellos.

Lo dicho cobra más fuerza, si se tiene en cuenta que la testigo Nancy Becerra Cifuentes dio cuenta que el actor era únicamente un arrendatario de un local dentro el parqueadero desde el 2006, estando por escrito desde 2012; que allí él tiene un montallantas; que dicho espacio fue arrendado por ella; que los demandados y el demandante no se conocen; que ha tenido diversos guardas de seguridad a los que siempre ha vinculado mediante contrato de trabajo; que en ningún momento le pidió al demandante que prestara servicios de cuidado del parqueadero ni de celaduría; que el actor pagaba su canon de arrendamiento; que el actor estuvo en el parqueadero hasta marzo del 2021, dijo que enfermó y no volvió; que incluso citó a conciliar al actor a la Personería por los cánones de arriendo adeudados; y que el demandante tenía inscrito su montallantas ante Cámara de Comercio.

Igualmente, a folios 2 y 3 del archivo 20 se allegó por parte de la apoderada de los demandados el certificación de existencia y representación del demandante, en donde se avizora que en efecto se encuentra registrado como comerciante y que desarrolla la actividad de “Mantenimiento y Reparación de Vehículos Automotores”; a folios 4 a 10 del archivo 20 se arrimó la solicitud de conciliación de cánones de arrendamiento ante la Personería de Bogotá; a folios 11 y 12 el contrato de arrendamiento del parqueadero que la señora Nancy Barrera suscribió con los demandados el 01 de junio de 2012; y a folios 13 a 22 los diversos contratos de arrendamiento que el demandante celebró con la señora Nancy Barrera Cifuentes desde el 01 de julio de 2016 y con el señor Eduardo López Bautista el 15 de octubre de 2004.

De esta manera, a juicio de esta Sala no existe suficiente material probatorio para considerar que se está frente a un contrato de trabajo, pues

se allegan diversos documentos que soportan el dicho de la testigo Nancy Barrera Cifuentes en cuanto a que el demandante lo que tenía era un contrato de arrendamiento; vinculación que no fue suficientemente desvirtuada, pues el único testigo de la parte actora Álvaro Araque Trujillo no señala de forma clara a favor de quien el demandante prestaba sus servicios, se itera, únicamente hace alusión a que los demandados eran los dueños del parqueadero, lo que es insuficiente para tener por acreditado que ejecutaba servicios de índole personal a favor de estos.

De esta manera, y ante la falta de acreditación del elemento de la prestación del servicio, no es dable considerar que la parte actora cumplió con su carga probatoria, motivo por el que 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 23 de enero de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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.

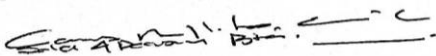
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2018-00069 -02.
Demandante: **JOSÉ ARNULFO DUARTE RUBIANO.**
Demandado: **BENECIO MORENO CIFUENTES Y OTRO.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la parte actora como agencias en derecho la suma de \$350.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00433 -02.

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO** contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá profirió el 16 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **COLPENSIONES y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente, desde el 17 de julio de 2016, retroactivo, e inclusión en nómina.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 02 de enero de 1985 inició convivencia de hecho con Carlos Rodríguez Mayorga, con quien convivió por más de 30 años; **2)** Mediante Resolución 1464 del 01 de enero de 2003 se reconoció pensión al señor Rodríguez Mayorga; **3)** El 17 de julio de 2016 falleció el señor Rodríguez Mayorga; **4)** El 23 de agosto de 2016 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante, esta se negó a través de la Resolución GNR 327727 del 02 de noviembre de 2016

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

y se entregó a la señora GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO; 5) Interpuso recurso de reposición, no obstante, mediante Resolución VPB 31306 del 09 de abril de 2015, se confirmó la decisión inicial.

2. Respuesta a la Demanda.

GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO (fls. 195 a 203 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que entre la actora y la causante lo único que se presentó fue una relación de amantes, en la que nunca hubo comunidad de vida permanente y singular, fue esporádica y por unos pocos años; que el causante siempre estuvo pendiente de su hogar y de su cónyuge, no lo abandonó, y existía un cuidado recíproco en salud, bienestar afectivo, económico y emocional.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 220 a 227 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que es a la jurisdicción ordinaria quien le corresponde dirimir un conflicto entre posibles beneficiarias; y que la pensión se pagó a favor de Gloria Elizabeth Romero Moreno, por lo que de existir condena, es necesario que se ordene el pago del retroactivo a costa de esta, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un doble pago.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no prosperan las tachas contra los testigos, pues los hechos narrados si bien provienen de la familia de la accionante, no es menos cierto que deben valorarse conforme al principio de la libre apreciación de la prueba; que está demostrada la calidad de pensionado del causante así como su deceso el 17 de julio de 2016; que

por lo anterior, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003; que la compañera permanente debe acreditar la convivencia dentro de los últimos cinco anteriores al fallecimiento del causante, no siendo así como la cónyuge quien podrá demostrar tal presupuesto en cualquier tiempo; que si bien obran declaraciones extraprocesales en las que se señala que la actora convivió hasta el momento del fallecimiento del causante, lo cierto es que según interrogatorio de parte explicó que lo hizo hasta el 18 de febrero de 2018; que los contratos de arrendamientos allegados no dan certeza de convivencia; y que de los testigos comparecientes, así como de la investigación realizada por COLPENSIONES se puede colegir que la convivencia del actor fue con la señora GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO, de donde se logra desprender una verdadera comunidad de vida, apoyo o colaboración mutua, y cohabitación, no siendo así con la accionante, puesto que con esta únicamente se acreditó una relación sentimental, más aún si se tiene en cuenta que los últimos meses de vida el causante estuvo al cuidado de la señora ROMERO MORENO.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que si bien el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece el requisito de convivencia durante los últimos cinco años de vida del causante, también lo es que hubo una separación con motivo de la salud de este, como quedó demostrado; que de los testigos se puede establecer la convivencia entre la actora y el causante de forma ininterrumpida, y sólo se presentó por un elemento de fuerza; y que se acreditó una intención de continuidad de convivencia y de permanencia de esta.

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 parte actora y por GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO 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 Carlos Rodríguez Mayorga?

Tesis

Revocar 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 Rodríguez Mayorga -17 de julio de 2016- (fl. 6 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.

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

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 por lo menos 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 Rodríguez Mayorga falleció ostentando el estatus de pensionado (Resolución 01464 del 27 de febrero de 2003 obrante en el expediente administrativo visible en la carpeta 02), y que MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO 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 declararon ante Notario Público, Inés Zuluaga de Rojas, María Stella Saldaña Malagón, Alba Piedad Quevedo Martín, Ana Maritza Yañez Olaya, Ricardo Vivas Vargas, y Ricardo Ernesto Patiño Bermúdez, quienes afirmaron que la actora y el causante convivieron desde el 02 de enero de 1985, no obstante, algunos manifiestan que dicha convivencia se extendió hasta que este falleció, y otros hasta que enfermó (fls. 8 a 22 del archivo 01); por lo que, para determinar la calenda de convivencia del causante y la demandante, y las razones por las que eventualmente no se pudo extender la cohabitación, se hace necesario acudir a los demás medios probatorios.

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 Alba Piedad Quevedo Martín y Ricardo Vivas Vargas fueron ratificadas en juicio.

Aclarado lo anterior, en la declaración rendida por la demandante se tiene que esta manifestó que la convivencia lo fue hasta el 18 de febrero de 2016, momento en el que el causante fue trasladado al hogar que tenía con sus hijos, pues necesitaba de un cuidado de 24 horas y por su trabajo no podía estar al pendiente de él (fls. 23 y 24 del archivo 01); declaración que fue reafirmada por la demandante al rendir interrogatorio de parte, así como por los testigos comparecientes, Ricardo Vivas Bernal, Alba Piedad Quevedo y Nicolás Vivas Bernal, por lo que en tales condiciones la cohabitación únicamente se podría entender que se extendió entre el causante y la demandante hasta el 18 de febrero de 2016; testigos que se evalúan de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento sin que frente a ello se encuentren contradicciones en sus dichos, ni declaraciones que puedan restarle credibilidad.

De esta manera, es necesario verificar si hubo ánimo o voluntad de separación entre el causante y la demandante, pues según CSJ SL3813-2020 y CSJ SL803-2022 *“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”*.

Acudiendo nuevamente a los aludidos testigos, se tiene que de estos se puede colegir que la convivencia entre el causante y la actora se presentó en diversas casas, primero, en el barrio JJ Vargas, luego, en Cedritos, y finalmente en Niza; que el causante desempeñó un rol paternal y familiar con Ricardo y Nicolás Vivas Bernal; que hubo una convivencia permanente durante el tiempo que estuvo junto con la actora; que la señora Alba Piedad Quevedo le ofreció un piso de su casa en arriendo, en donde siempre los vio compartir juntos; que el causante era entrenador de básquetbol, y que en el desempeño de esa función compartió con la demandante y sobrinos en algunos eventos; que el comienzo de su enfermedad se dio cuando estaba en la casa de Niza en 2016; y que la salida del causante a casa de sus hijos, fue únicamente con ocasión de su enfermedad, momento a partir del cual sus vistas se vieron restringidas por el núcleo familiar conformado por su cónyuge e hijos, por demás que la actora mantenía contacto con los hijos del causante, y que insistió mucho para que lo dejaran visitar. Aunado a ello, el testigo Mario Gutiérrez dio cuenta de haber recogido al causante para ir al club de basquetbol varias veces en un inmueble que este tenía en el barrio Niza.

Del mismo modo, se encuentra que el causante celebró junto con la demandante contratos de arrendamiento, los servicios públicos de los lugares donde convivió con la causante llegaban a su nombre, y que tenía deudas que arribaban a estos lugares (fls.37 a 89 del archivo 01), por lo que en tales condiciones y en suma a que el causante acudió a casa de la señora GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO, en virtud de estado de salud, y el cuidado de sus hijos, es posible establecer que la falta de cohabitación se originó en razón de circunstancias especiales de salud y fuerza mayor, pues subsistían a la fecha de fallecimiento, lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, puesto que la actora siguió al pendiente de la situación del causante a través de los hijos del causante, e insistió mucho para que lo dejaran visitar, no obstante fueron estos y la señora ROMERO MORENO quienes restringieron su entrada, lo que únicamente permitió una vez junto con sus sobrinos.

Así las cosas, se encuentra acreditada una convivencia de 31 años, 6 meses y 16 días, sin que tal circunstancia se vea menoscabada por la

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

investigación realizada por Cosinte Ltda. a nombre de la demandada, en donde se estableció que no se presentó tal convivencia durante los últimos meses de vida del causante- documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 02, 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 casa de su cónyuge o hijos, y se vio desprovisto del acompañamiento físico de su compañera permanente en el último lapso de su vida, lo fue con ocasión a las restricciones impuestas por estos.

En tales condiciones, se considera que hay lugar al reconocimiento pensional a favor de la accionante, lo que se deberá calcular proporcionalmente, puesto que conforme a la investigación aludida está demostrado que el causante también convivió con su cónyuge desde su matrimonio, esto es, 17 de agosto de 1968 hasta el fallecimiento, aspecto del que también dieron cuenta los testigos Mercedes Gallego, Mario Gutiérrez y Cecilia Blanco Calderón. Por tanto, la prestación se debe reconocer a favor de la actora en una proporción equivalente al 34,17% y a favor de la demandada GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO, de un 65,83%.

Fecha de Reconocimiento, Mesadas, Valor de la Mesada Pensional, y Prescripción.

En juicio está acreditado que el causante falleció el 17 de julio de 2016, por lo que la prestación pensional se debe reconocer a partir de tal calenda; asimismo, la prestación se deberá reconocer sobre la misma cantidad de mesadas que el causante venía percibiendo, así como el valor de la pensión deberá ser en igual cuantía que tenía el causante, pues este al ostentar la calidad de pensionado, es dable la sustitución a favor de la actora y de su cónyuge de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Igualmente, y en cuanto a la posibilidad de compensar las mesadas a cargo de GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO para que COLPENSIONES ni incurra en un doble pago, se hace menester precisar que CSJ SL226-2021 y CSJ SL4913-2021, precisó que al ser la pensión de

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

sobrevivientes un derecho fundamental, cuyo propósito es proveer monetariamente a quienes dependían económicamente del causante, el reconocimiento de la prestación puede hacerse en cualquier tiempo; que el carácter irrenunciable de la prestación no excluye la posibilidad de que, con posterioridad al otorgamiento de la pensión de sobrevivientes en cabeza de quien inicialmente reclamó, los nuevos beneficiarios puedan solicitarla desde el momento en que se causó, esto es, desde el fallecimiento del afiliado o pensionado; que la prestación solo puede verse afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de las mesadas causadas; que los pagos realizados a quien reclamó la prestación inicialmente, no tienen por qué verse afectados con tal circunstancia, dado que, si acreditan los presupuestos de ley, el derecho les *“debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento”*, esto es, desde el día del deceso del causante, pues es deber de la entidad dejar en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes hasta que la justicia ordinaria decida a quien le asistía el derecho, en el porcentaje correspondiente.

En el caso es claro que la demandante solicitó la prestación el 23 de agosto de 2016, mientras que la cónyuge lo realizó el 04 de agosto de 2016, decidiéndose tal circunstancia mediante Resolución GNR 327727 del 02 de noviembre de 2016, y otorgándose el derecho a favor de la señora GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO, pese a existir conflicto entre beneficiarias; lo que sería confirmado mediante Resolución VPB 4821 del 06 de febrero de 2017 (fls. 25 a 36 del archivo 01), por lo que en tales condiciones a juicio de la Sala lo prudente era suspender el reconocimiento pensional para evitar una afectación dentro de la sostenibilidad financiera del sistema, no obstante, y contrario a ello se reconoció la prestación sin los elementos suficientes para determinar quiénes ostentaban la calidad de beneficiarios, por lo que en tales condiciones no es dable efectuar la compensación de sumas en cabeza de la otra beneficiaria de la prestación del causante.

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- 17 de julio de 2016-, esto es, el 17 de julio de 2018 (fl.97 del archivo 01).

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

Finalmente, se aclara que CSJ SL4913-2021 ha dispuesto que en aras de no sacrificar el principio de sostenibilidad financiera del sistema y, en procura de evitar la configuración de un doble pago sin causa alguna, la entidad de seguridad social podrá recuperar lo pagado a través de dos vías: la primera, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales y, la segunda, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud (CSJ Rad. 43.720 del 30 de agosto de 2011); lo dicho, por cuanto la Sala no puede desconocer el traumatismo administrativo, y peor aún, el riesgo económico que se genera en el reconocimiento pensional a cargo de las entidades frente a la aparición de adicionales beneficiarios de la prestación.

Indexación.

A favor del actor se deben pagar las mesadas pensionales debidamente indexadas, 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.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.

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: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar una **pensión de sobrevivientes** a favor de **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO**, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, Carlos Rodríguez Mayorga, en la misma cuantía y número mesadas que este venía disfrutando con su pensión de vejez, **a partir del 17 de julio de 2016**, en proporción de un **34,17%**. El 65,83% restante será a favor de su cónyuge, GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO. El retroactivo resultante se deberá reconocer debidamente **indexado** al momento de hacerse efectivo su pago.

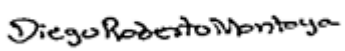
SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y de GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.

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.

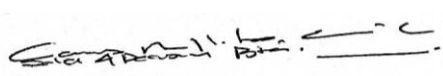
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00433 -02.

Demandante: **MARÍA CRISTINA BERNAL ALONSO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO.**

AUTO

Se señalan a cargo de COLPENSIONES y GLORIA ELIZABETH ROMERO MORENO como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada uno de estos.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written in a cursive style.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00482 -01.

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 25 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ, YIMY YOBANY y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes pretenden el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que por el fallecimiento de Danilo Cruz Cristiano a partir del 19 de febrero de 2013, junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 19 de febrero de 2013 falleció el señor Danilo Cruz Cristiano, quien se encontraba afiliado a PROTECCIÓN S.A.; **2)** El 25 de julio de 1988, RUBILSA PASACHOA GÓMEZ contrajo matrimonio con el señor Cruz Cristiano, unión de la que nacieron cinco hijos, entre ellos, YIMY YOVANY y ERIKA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00482 -01.

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

ALEJANDRA CRUZ PASACHOA; **3)** En proceso ordinario laboral adelantado contra RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y PANQUEVA CHÍA S.A.S., este reconoció la omisión en los pagos de aportes a pensión al causante entre el 01 de octubre de 2011 y el 19 de febrero de 2013, esto es, 71,28 semanas; **4)** El causante con el señor Fredy Martínez Sánchez laboró durante 2011, 6,14 semanas, alcanzando 77,42 semanas en total; y **5)** El 23 de octubre de 2017 solicitó pensión de sobrevivientes, la que se respondió el 14 de noviembre del mismo año, sin que se resolviera de fondo la petición.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 96 a 103 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Expuso que no se cumplen los requisitos para acceder a una pensión de sobrevivientes, como quiera que no acumula 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento del causante.

2.2. Vinculación de Partes.

Mediante auto del 08 de mayo de 2019 y en audiencia del 11 de febrero de 2020, se dispuso la vinculación de la **SOCIEDAD PANQUEVA CHÍA S.A.** y a **RUDECINDO PANQUEVA CHÍA** (fl.33 del archivo 01 y archivo 04), quienes se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor (fls. 144 a 148 y 218 a 223 del archivo 01).

Aceptaron la existencia de una conciliación con los demandantes y que la sociedad se obligó a pagar las cotizaciones faltantes del causante.

Adujeron que pagaron los aportes del causante con los correspondientes intereses de mora.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que los demandantes Rubilsa Pasachoa Gómez en nombre propio y en representación de Erika Alejandra Cruz Pasachoa y Yimy Yobany Cruz Pasachoa, tenían derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del causante Danilo Cruz Cristiano desde el 20 de febrero del 2013.

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** que reconozca y pague a favor de los demandantes los siguientes conceptos:

Para Rubilsa Pasachoa Gómez:

- Por las mesadas pensionales dejadas de pagar un total de \$45'171.765,5
- Por los intereses moratorios un total de \$36'148.632

Para Erika Alejandra Cruz Pasachoa:

- Por las mesadas pensionales dejadas de pagar un total de \$ 22'585.882,8.
- Por los intereses moratorios por un valor de \$ 18'074.316

Para Yimy Yobany Cruz Pasachoa:

- Por las mesadas pensionales dejadas de pagar un total de \$ 22'585.882,8.
- Por los intereses moratorios por un valor de \$ 18'074.316.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. reconocer y pagar a los demandantes la mesada pensional de sobrevivientes por 1 SMLMV en la siguiente proporción para Rubilsa Pasachoa un 50%, para Rubilsa Pasachoa Gómez, un 25% para Erika Alejandra Cruz Pasachoa y un 25% para Yimy Yobany Cruz Pasachoa. Frente a los hijos se les reconocerá la pensión de sobrevivientes hasta que cumplan la mayoría de edad, o hasta que cumplan los 25 años de edad si se encuentran estudiando, situación que deberán acreditar ante PROTECCIÓN S.A. En el caso del Sr. Yimy Yobany Cruz Pasachoa, dado que ya alcanzó la mayoría de edad este deberá allegar certificación de estudios ante PROTECCIÓN S.A. para acreditar que debe recibir la pensión de sobrevivientes hasta los 25 años, de no allegarle copia de dicha certificación a la AFP, su porcentaje acrecentará el de su hermana Erika Alejandra Cruz Pasachoa hasta que esta cumpla los 18 años o hasta los 25 si se encuentra estudiando; en todo caso, cuando ambos hijos pierdan el derecho se debe acrecentar el porcentaje de su madre.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., RUDECINDO PANQUEVA CHIA y PANQUEVA CHIA S.A.S. a pagar las COSTAS a favor de los demandantes. Para efecto fíjese la suma de 2 SMLMV como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditada la condición de esposa e hijos de RUBILSA PASACHOA GÓMEZ, YIMY YOBANY y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA, respectivamente; que entre los demandantes, RUDECINDO PANQUEVA CHIA y PANQUEVA CHIA S.A.S. se celebró conciliación que hizo tránsito a cosa juzgada en el que los últimos se comprometieron a pagar los aportes al fondo privado; que en la historia actualizada de PROTECCIÓN S.A. se observan las cotizaciones adeudadas, cumpliendo con ello las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al

fallecimiento del causante; que era deber de PROTECCIÓN S.A. ejercer las acciones de cobro a cargo de los empleadores al encontrarse estos en mora; que de la prueba testimonial es dable establecer la convivencia por más de cinco años y hasta el fallecimiento del causante, debiéndose pagar a su favor el 50% de la prestación; que los hijos del causante tienen derecho a la pensión de sobrevivientes hasta los 18 años, e incluso hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten estudios ante el fondo de pensiones, de manera que a favor de cada uno de ellos se debe pagar el 25%; que operó la excepción de prescripción, pues se reclamó el 26 de abril de 2017, de modo que operó dicho fenómeno frente a las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2014; y que se deben reconocer intereses moratorios, dado que sólo que sólo se iniciaron acciones de cobro hasta el 2017, cuatros años después de fallecido el causante.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PROTECCIÓN S.A. adujo que según historia laboral de agosto de 2021, los pagos realizados por los codemandados no se encuentran completos y por ende, no se encuentra causado el derecho, pues no se evidencian las 50 semanas requeridas; que la primera cotización de REDECINDO PANQUEVA se dio en octubre de 2011, de ahí que no tenía como saber la existencia del vínculo laboral, por lo que no podía efectuar acciones de cobro, por demás que la afiliación se realizó tres años después, momento en el que también se reconoció la mora; que el pago tardío de los aportes a pensión no puede ser tenido en cuenta para reconocer la pensión de invalidez o de sobrevivencia, por lo que estos no podrían tenerse en cuenta, pues en tal escenario no era posible que se subrogara el riesgo, tal y como se dispuso en sentencia SL836-2023; que para que haya lugar al retroactivo se requería de la existencia de las 50 semanas; que no es dable que se impusiera intereses moratorios, como quiera que se indexó la mesada pensional, por demás que no han entrado ni siquiera las 50 semanas anteriores a los tres años, de manera que no es dable hablar de un derecho pensional causado; que tampoco es dable imponer la indexación sobre una suma de dinero que no se ha causado; y que se debe revocar la condena en costas, puesto que sus argumentos no resultan caprichosos y han dependido de un tercero.

Por su parte, la **parte actora** manifestó que si bien la reclamación se realizó en abril de 2017, también lo es que la pensión se causó desde el momento de la muerte del causante, 18 de febrero de 2013; y que frente a menores de edad la prescripción se debe suspender.

Finalmente, **RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y PANQUEVA CHÍA S.A.** señalaron que la relación laboral con el causante no lo fue desde el 01 de octubre de 2011 a la fecha del fallecimiento, lo que no se estableció por lo testigos ni el acta de conciliación celebrada; y que no debe existir condena en costas pues no es quien debe asumir el pago de la pensión.

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:

¿Se encuentran acreditados los requisitos para considerar que PROTECCIÓN S.A. debe reconocer a los demandantes una pensión de sobrevivientes, pese a la falta de pago de aportes completos por parte de los empleadores RUDECINDO PANQUEVA CHIA y PANQUEVA CHIA S.A.S.?, ¿hay lugar a imponer intereses moratorios e indexación? y, ¿se debió condenar en costas a las demandadas?

Tesis

Revoca Parcialmente y modificar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes.

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 del señor Danilo Cruz Cristiano -19 de febrero de 2013- (fl. 3 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 el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento.

En el *sub lite*, observa la Sala que el señor Danilo Cruz Cristiano alcanzó 31 semanas, según la historia laboral visible a folio 40 del archivo 01; no obstante, en la demanda se solicitó tener en cuenta el tiempo laborado con RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y PANQUEVA CHÍA S.A.S., quienes en proceso adelantado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha- Boyacá, arribaron a una conciliación en la que se dispuso entre otras cosas, el pago de las cotizaciones faltantes durante el periodo de octubre de 2011 a febrero de 2013 (fls. 28 a 30 del archivo 01).

Ahora bien, en la historia laboral referida se hace alusión a pagos de RUDECINDO PANQUEVA CHÍA desde el 03 de noviembre de 2011 para el periodo de octubre del mismo año y, de PANQUEVA CHÍA S.A.S. desde el 06 de febrero de 2012 para el periodo de enero del mismo año (fl.40 del archivo 04), por lo que, ciertamente le asiste razón al A Quo al señalar que lo que existió fue mora patronal por parte de RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y PANQUEVA CHÍA S.A.S., y no falta al deber de afiliación, por lo que PROTECCIÓN S.A. podía realizar las correspondientes acciones de cobro al evidenciar la falta de pago de aportes completos por parte de estos.

Al punto, se rememora frente a la diferencia que comporta una situación de mora en el pago de aportes y la de falta de afiliación por parte de un empleador que CSJ SL3004- 2020, CSJ SL1078-2021 y CSJ SL205-2022, señaló que, en la primera, la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que la segunda se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que se debe tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

En el caso de la no afiliación, dicha corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. (CSJ SL5058-2020 y CSJ SL3661-2020).

En ese sentido no resulta aplicable la sentencia CSJ SL634-2022 citada en la impugnación, frente a la posibilidad de tener en cuenta pagos tardíos, pues esta versa sobre una falta de afiliación, lo que no se ajusta al caso en estudio.

De esta manera, es claro que al existir afiliación le correspondía a PROTECCIÓN S.A. iniciar el correspondiente cobro coactivo de ser necesario, más aún cuando la mora del empleador se puso de presente por los demandantes mediante petición del 23 de octubre de 2017 (fls. 31 a 38 del archivo 01); por lo que, si bien no se desconoce qué PROTECCIÓN S.A. ha efectuado algunas acciones de cobro desde el 29 de agosto de 2017 (archivo 07), no es menos cierto que ante la certeza de tiempos pendientes de pago y la posibilidad de tal fondo de realizar el cobro coactivo, era dable computar tales tiempos.

En efecto, PROTECCIÓN S.A. puede proceder al pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes, pues conforme a la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si se cumplen los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta no solo las consignadas oportunamente sino las que se encuentran en mora de pago por periodos en los que la vigencia de la relación laboral no se discute, y además que se presente la falta de gestión de cobro coactivo por parte de la administradora CSJ SL7300-2016, CSJ SL348-2019, CSJ SL863-2023).

Por tanto, y dado que en la conciliación celebrada ante el Juzgado del Circuito de Socha- Boyacá se puso de presente que RUDECINDO PANQUEVA CHÍA en nombre propio y como representante legal de PANQUEVA CHÍA S.A.S., *“se obliga a realizar las cotizaciones faltantes en el fondo de pensiones PROTECCIÓN desde mes de octubre de 2011 a febrero de 2013, completando los días y meses faltantes y dejados de cancelar a el fondo durante ese periodo”* (fls. 28 a 30 del archivo 01), le asiste razón al A Quo al contabilizar este tiempo, alcanzando con ello 76 semanas junto con los aportes realizados por el empleador FREDY MARTÍNEZ SÁNCHEZ. Al punto, se esclarece que dichos tiempos se calcularon desde el 01 de octubre de 2011 hasta el 09 de febrero de 2013, puesto que no se estableció con certeza los días laborados en octubre de 2011 ni en febrero de 2013, no obstante, aparecen pagos por tales periodos por 30 y 9 días, respectivamente, según historia laboral visible en el archivo 17.

Por lo expuesto, se confirmará el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes por las razones expuestas.

Prescripción. Retroactivo.

La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, siendo dable acudir por remisión frente al primer hipotético, a las normas del Código Civil, en particular los artículos 2530 y 2541.

El artículo 2541 del C.C. contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 *ejusdem* para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a *"Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría"*.

Bajo esas previsiones legales se ha señalado, que los destinatarios de esas disposiciones, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción; es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos.

Lo dicho es conteste con lo explicado por la CSJ SL10641-2014 reiterada en la CSJ SL1010-2021, en la que se recordó el criterio expuesto en las decisiones del CSJ Rad. 11349 del 11 de diciembre de 1998, y CSJ Rad. 39631 del 30 de octubre de 2012, a propósito de la suspensión de la prescripción, en donde se señaló que la prescripción procura la reclamación rápida de los derechos, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo, no obstante que esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su

representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

Se itera, en el *sub lite* la fecha de fallecimiento del señor Danilo Cruz Cristiano acaeció el 19 de febrero de 2013 según registro civil de defunción obrante a folio 3 del archivo 01, por lo que, a partir de tal calenda se hizo exigible la pensión de sobrevivientes que dejó causada.

Ahora bien, YIMY YOVANY CRUZ PASACHOA nació el 20 de octubre de 2000 y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA, el 22 de marzo de 2008 (fls. 41 y 42 del archivo 01), por el primero cumplió la edad de 18 años el 20 de octubre de 2018 y la segunda los cumplirá el 22 de marzo de 2026; por tanto, se entiende que la prescripción estuvo suspendida hasta cuando la señora RUBILSA PASACHOA GÓMEZ como madre de estos presentó la correspondiente solicitud, lo que ocurrió según el A Quo con la comunicación del 26 de abril de 2017 visible a folio 111 del archivo 01, sin que tal calenda fuera objeto de impugnación, por manera que se tendrá que no operó el fenómeno prescriptivo frente a tales demandantes al haberse demandado el 06 de agosto de 2018 (fl.64 del archivo 01), no siendo así con la señora RUBILSA PASACHOA GÓMEZ frente a quien le empezó su término prescriptivo el 19 de febrero de 2013, y sólo interrumpió el fenómeno en estudio con la reclamación del 26 de abril de 2017, por lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2014.

En ese orden de ideas, se debía pagar por concepto de retroactivo a favor de YIMY YOVANY CRUZ PASACHOA y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA al 25 de mayo de 2022, mes en que se profirió la sentencia de primera instancia, según las operaciones aritméticas de rigor, la suma de **\$22'658.837,58**, valor superior al impuesto por el A Quo, \$22'585.882,80, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer el primer valor hasta mayo de 2022, en virtud de la impugnación elevada por la parte actora. Igualmente, se aclarará que dicho valor se seguirá causando hasta que se haga efectivo su pago, tal y como lo mencionó el A Quo en la parte considerativa de la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00482 -01.

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

RETROACTIVO				
AÑO	VALOR PENSIÓN	25%	MESADAS	SUBTOTAL
2.013	\$ 589.500,00	\$ 147.375,00	11,4	\$ 1.680.075,00
2.014	\$ 616.000,00	\$ 154.000,00	13	\$ 2.002.000,00
2.015	\$ 644.350,00	\$ 161.087,50	13	\$ 2.094.137,50
2.016	\$ 689.455,00	\$ 172.363,75	13	\$ 2.240.728,75
2.017	\$ 737.717,00	\$ 184.429,25	13	\$ 2.397.580,25
2.018	\$ 781.242,00	\$ 195.310,50	13	\$ 2.539.036,50
2.019	\$ 828.116,00	\$ 207.029,00	13	\$ 2.691.377,00
2.020	\$ 877.803,00	\$ 219.450,75	13	\$ 2.852.859,75
2.021	\$ 908.526,00	\$ 227.131,50	13	\$ 2.952.709,50
2.022	\$ 1.000.000,00	\$ 250.000,00	4,83	\$ 1.208.333,33
TOTAL				\$ 22.658.837,58

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 al A Quo al ordenar el reconocimiento de intereses moratorios, puesto que la negativa de la prestación se fundó en la imposibilidad de pagar la prestación por encontrarse RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y PANQUEVA CHÍA S.A.S. en

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

mora, aspecto que como quedo visto no impedía el reconocimiento prestacional pues era su obligación iniciar el correspondientes cobro coactivo, como lo ha dicho de pretérito la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al argumento atinente a que se ordenó la indexación de la mesada pensional, tal circunstancia no derruye la procedencia de los intereses moratorios, como quiera que como quedó visto en las operaciones de rigor efectuadas al momento de calcular el retroactivo de YIMY YOVANY CRUZ PASACHOA y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA, la mesada correspondía al salario mínimo legal, y si bien se reajustó año a año en la liquidación, esto se realiza por mandato de legal, lo que no constituye una indexación del retroactivo, sino el mero reajuste del valor de la mesada, recuérdese que todas las mesadas se deben reajustar año a año, tal y como dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, resultan procedentes los intereses moratorios, y dado que se modificó el retroactivo de YIMY YOVANY CRUZ PASACHOA y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA, resulta consecuente reliquidar dichos intereses, pues son consecuencia de tal modificación. Efectuadas las operaciones de rigor se tiene que se debe por concepto de intereses moratorios al 25 de mayo de 2022, fecha de la sentencia de primera instancia, a dichos demandantes, la suma de **\$19.052.653,50**, valor superior al que dispuso el A Quo, \$18'074.316, por lo que de igual manera **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer tal valor. Igualmente, se aclarará que dicho rubro se seguirá causando hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo, tal y como lo mencionó el A Quo en la parte considerativa de la sentencia.

TABLA LIQUIDACIÓN DE INTERESES MORATORIOS							
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Intereses moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal intereses
feb-13 may-17	27/06/2017	25/05/2022	1.769	29,57%	0,0720%	\$ 8.939.087,50	\$ 11.381.395
jun-17	1/07/2017	25/05/2022	1.765	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 234.287
jul-17	1/08/2017	25/05/2022	1.735	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 230.305
ago-17	1/09/2017	25/05/2022	1.705	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 226.323
sep-17	1/10/2017	25/05/2022	1.675	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 222.341
oct-17	1/11/2017	25/05/2022	1.645	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 218.359

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00482 -01.

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

nov-17	1/12/2017	25/05/2022	1.615	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 214.376
dic-17	1/01/2018	25/05/2022	1.585	29,57%	0,0720%	\$ 184.429,25	\$ 210.394
ene-18	1/02/2018	25/05/2022	1.555	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 218.590
feb-18	1/03/2018	25/05/2022	1.525	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 214.373
mar-18	1/04/2018	25/05/2022	1.495	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 210.156
abr-18	1/05/2018	25/05/2022	1.465	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 205.939
may-18	1/06/2018	25/05/2022	1.435	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 201.721
jun-18	1/07/2018	25/05/2022	1.405	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 197.504
jul-18	1/08/2018	25/05/2022	1.375	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 193.287
ago-18	1/09/2018	25/05/2022	1.345	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 189.070
sep-18	1/10/2018	25/05/2022	1.315	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 184.853
oct-18	1/11/2018	25/05/2022	1.285	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 180.636
nov-18	1/12/2018	25/05/2022	1.255	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 176.418
dic-18	1/01/2019	25/05/2022	1.225	29,57%	0,0720%	\$ 195.310,50	\$ 172.201
ene-19	1/02/2019	25/05/2022	1.195	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 178.063
feb-19	1/03/2019	25/05/2022	1.165	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 173.593
mar-19	1/04/2019	25/05/2022	1.135	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 169.123
abr-19	1/05/2019	25/05/2022	1.105	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 164.652
may-19	1/06/2019	25/05/2022	1.075	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 160.182
jun-19	1/07/2019	25/05/2022	1.045	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 155.712
jul-19	1/08/2019	25/05/2022	1.015	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 151.242
ago-19	1/09/2019	25/05/2022	985	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 146.772
sep-19	1/10/2019	25/05/2022	955	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 142.301
oct-19	1/11/2019	25/05/2022	925	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 137.831
nov-19	1/12/2019	25/05/2022	895	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 133.361
dic-19	1/01/2020	25/05/2022	865	29,57%	0,0720%	\$ 207.029,00	\$ 128.891
ene-20	1/02/2020	25/05/2022	835	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 131.886
feb-20	1/03/2020	25/05/2022	805	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 127.147
mar-20	1/04/2020	25/05/2022	775	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 122.409
abr-20	1/05/2020	25/05/2022	745	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 117.671
may-20	1/06/2020	25/05/2022	715	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 112.932
jun-20	1/07/2020	25/05/2022	685	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 108.194
jul-20	1/08/2020	25/05/2022	655	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 103.455
ago-20	1/09/2020	25/05/2022	625	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 98.717
sep-20	1/10/2020	25/05/2022	595	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 93.978
oct-20	1/11/2020	25/05/2022	565	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 89.240
nov-20	1/12/2020	25/05/2022	535	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 84.502
dic-20	1/01/2021	25/05/2022	505	29,57%	0,0720%	\$ 219.450,75	\$ 79.763
ene-21	1/02/2021	25/05/2022	475	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 77.651
feb-21	1/03/2021	25/05/2022	445	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 72.746
mar-21	1/04/2021	25/05/2022	415	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 67.842
abr-21	1/05/2021	25/05/2022	385	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 62.938
may-21	1/06/2021	25/05/2022	355	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 58.034
jun-21	1/07/2021	25/05/2022	325	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 53.129
jul-21	1/08/2021	25/05/2022	295	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 48.225
ago-21	1/09/2021	25/05/2022	265	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 43.321
sep-21	1/10/2021	25/05/2022	235	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 38.417
oct-21	1/11/2021	25/05/2022	205	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 33.512
nov-21	1/12/2021	25/05/2022	175	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 28.608
dic-21	1/01/2022	25/05/2022	145	29,57%	0,0720%	\$ 227.131,50	\$ 23.704
ene-22	1/02/2022	25/05/2022	115	29,57%	0,0720%	\$ 250.000,00	\$ 20.692

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00482 -01.

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

feb-22	1/03/2022	25/05/2022	85	29,57%	0,0720%	\$ 250.000,00	\$ 15.294
mar-22	1/04/2022	25/05/2022	55	29,57%	0,0720%	\$ 250.000,00	\$ 9.896
abr-22	1/05/2022	25/05/2022	25	29,57%	0,0720%	\$ 250.000,00	\$ 4.498
TOTAL							\$ 19.052.653,50

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 PROTECCIÓN S.A., se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga, no siendo así frente a RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y PANQUEVA CHÍA S.A.S., por lo que, se REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia, pues ciertamente frente a estos no se impuso ningún tipo de condena, y en su lugar se les absolverá de la condena en costas.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia 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. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que a favor de **YIMY YOVANY CRUZ PASACHOA y ERIKA ALEJANDRA CRUZ PASACHOA** se adeuda a cada uno de estos, como **retroactivo calculado al 25 de mayo de 2022-** fecha de la sentencia de primera instancia-, la suma de **\$22'658.837,58,** se aclara que dicho valor se seguirá causando hasta que se haga efectivo su pago y, por **intereses moratorios calculados hasta el 25 de mayo de 2022,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00482 -01.

Demandante: **RUBILSA PASACHOA GÓMEZ Y OTROS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

\$19'052.653,50, se aclara que dicho rubro se seguirá causando hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo.

SEGUNDO. -. **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto** de la sentencia en cuanto se condenó en costas a RUDECINDO PANQUEVA CHÍA y a PANQUEVA CHÍA S.A.S., para en su lugar ABSOLVERLOS del reconocimiento y pago de costas.

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

CUARTO. -. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

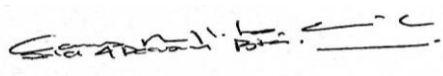
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de PROTECCIÓN S.A. como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00070 -01.

Demandante: **SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA.**

Demandado: **RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 12 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA** adelanta contra la 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 desde el 15 de enero de 2014 hasta el 02 de mayo de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios de abril y mayo de 2018, aportes a seguridad social integral y, sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Empezó a prestar sus servicios a favor de la demandada el 15 de enero de 2014, como Jefe de Cocina; **2)** Devengaba \$900.000; **3)** Prestaba sus

Demandante: **SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA.**

Demandado: **RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS.**

servicios de 11:00 A.M. a 10:30 P.M. de domingo a domingo; **4)** No fue objeto de sanción ni llamados de atención; **5)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende ni fue afiliada a seguridad social; y **6)** Renunció el 02 de mayo de 2018.

2. Respuesta a la Demanda.

RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que no pagó las prestaciones sociales, vacaciones ni aportes a seguridad social de la demandante.

Adujo que la demandante ofreció sus servicios de asistente de cocina, los cuales sólo podía realizar algunos días de la semana, y en el horario que fuera requerida; que dicho servicio fue ejecutado por cuenta y riesgo de la actora, mediante contrato de prestación de servicios, a cambio de una remuneración diaria, establecida de común acuerdo, según la labor realizada, y el tiempo invertido; y que la relación contractual nació debido a las especiales circunstancias personales de la demandante, como persona desplazada y protegida del Gobierno, de quien además recibía un subsidio monetario, así como seguridad social (salud).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA, y RUTH CECILIA GUECHA DE GRANADOS., existió una verdadera relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2014 al 02 de mayo de 2018, en la que la demandante desempeñó el cargo de auxiliar de servicios varios o cocina, con una última asignación salarial mensual de \$900.000.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar las siguientes prestaciones a SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA, así:

CESANTIAS. \$4'249.307
INTERESES CESANTIAS. \$509.916
VACACIONES. \$1'475.000
PRIMA DE SERVICIOS. \$2'250.925

Demandante: **SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA.**

Demandado: **RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS.**

SUBTOTAL. \$8'485.148

TERCERO: CONDENAR a RUTH CECILIA GUECHA DE GRANADOS a reconocer y pagar a favor de SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA, la suma de \$25'770.000, por sanción de la no consignación de las cesantías a un fondo, elegido por la demandante, correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017.

CUARTO: CONDENAR a RUTH CECILIA GUECHA DE GRANADOS a reconocer y pagar a favor de SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA, un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales que equivale a la suma diaria de (\$30.000), desde el 02 de mayo de 2018 hasta por veinticuatro (24) meses; a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) y hasta cuando el pago se verifique, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera.

QUINTO: CONDENAR a RUTH CECILIA GUECHA DE GRANADOS a reconocer y pagar a favor de SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA, los aportes a la seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2014 al 02 de mayo de 2018 al fondo que tenga o elija la demandante, el cual deber efectuar el respectivo calculo actuarial, teniendo como IBC un salario de \$900.000.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Inclúyase en la liquidación la suma de dos (2) SMLMV, valor en que se estiman las agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado el elemento de la prestación del servicio según acervo probatorio recolectado, especialmente, la certificación allegada a juicio, la que no se logró desvirtuada por la empleadora y, por el contrario los testigos y el interrogatorio de parte de la demandada dan cuenta que la actora laboró al servicio de la demandada dentro de los extremos temporales pretendidos en la demanda; que si bien no logró la notificación de la demanda a la parte demandada dentro del término de un año, esta circunstancia no es atribuible a la demandante, pues realizó una gestión diligente para notificar en debida forma; que por lo anterior, operó la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 23 de enero de 2016, pues se demandó el mismo día y mes de 2019, con excepción de las cesantías las que se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral; que como no se pagaron en debida forma las prestaciones sociales así como no se consignaron cesantías, hay lugar a sanciones moratorias, sin que pueda deducirse buena fe, pues el trabajo por turnos o los beneficios del Gobierno no son exoneran de la contratación laboral; y que al no acreditarse el pago de aportes a pensión, le corresponde al empleador asumir estos, no siendo así con salud y A.R.L. pues no se demostró perjuicio alguno por su falta de reconocimiento.

4. Argumentos de la Recurrente.

RUD CECILIA GUECHA GRANADOS adujo que se basó la sentencia en una certificación, sin embargo lo que se acreditó fue la prestación de un servicio a destajo o de forma ocasional, sin que se acreditara por parte de la demandante un contrato a término indefinido; y que conforme al artículo 94 del C.G.P. para que se pueda entender que se interrumpió la prescripción se debía notificar dentro de un año, lo que sucedió por desinterés de la actora, se tenía hasta el 02 de mayo de 2022, no obstante, se notificó en junio, por lo que, están prescritas las acreencias laborales pretendidas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS, 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 dable considerar en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas que la relación que ató a las partes era de índole laboral? y, ¿se logró interrumpir el fenómeno de la prescripción, en consideración a lo dispuesto en el artículo 94 del C.G.P.?

Tesis

Confirmar 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 Sobre las Formas 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 que la demandada emitió certificación el 14 de abril de 2018, mediante la que señaló que la

demandante llevaba cuatro años laborando a su servicio en el Portal de la Arepa como Jefe de Cocina con una asignación mensual de \$900.000; asimismo, se allegó certificado de existencia y representación legal de la demandante en el que se avizora que es propietaria del establecimiento de comercio el Portal de la Arepa (fls. 9 a 12 del archivo 01). Por tanto, de tal certificación es dable extraer la existencia de una relación laboral entre las partes.

Frente a las aludidas certificaciones emitidas por el empleador, habrá de señalarse que en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 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.

Al respecto, no encuentra la Sala de conformidad con el acervo probatorio recolectado que sea posible considerar que se cumplió por parte de la demandada con el cometido de desvirtuar el contenido de la certificación en estudio, puesto que por el contrario los testigos, Enrique Alfonso Beltrán y Ana Lourdes Sánchez sin claros en manifestar la prestación del servicio de la demandante al servicio de la demandada, y que dicha labor se ejercía de forma diaria; adicionalmente, la segunda testigo señaló que la demandada era quien supervisaba el trabajo de la demandante, que muchas veces compartió funciones con la demandante pues era la persona encargada de hacer los reemplazos, y que en todo caso, vivía cerca del restaurante, motivo por el que le constaba que su servicio era diario, pues pasaba permanentemente por dicho lugar.

Por su parte, la declaración de Leidy Johana Granados es insuficiente para tener por desvirtuado lo dispuesto en la certificación, pues además de ser hija de la demandada, señala que la demandante iba al restaurante desde 2014, que realizó turnos de reemplazo por lo menos hasta 2017, que su madre supervisaba el trabajo de la actora, que no se pagaban prestaciones sociales porque la accionante estaba por turnos y, que la razón

por la que se suscribió la certificación fue por cuanto la actora iba a realizar un cambio de vivienda; última afirmación que no encuentra asidero en ningún otro tipo de medio probatorio.

Así las cosas y, al no lograrse desvirtuar la certificación obrante a folio 9 del archivo 01, debe la Sala tenerse a lo dispuesto por la misma demandada en tal documento; por ello, y al no ser objeto de impugnación los extremos temporales ni el salario se confirmará el numeral primero de la sentencia de primera instancia.

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 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.

Por su parte, el artículo 94 del C.G.P. establece que la presentación de la demanda también interrumpe el término prescriptivo, siempre y cuando se notifique el auto admisorio de la demanda dentro del término de un año. En relación con la interpretación del citado artículo 94 del C.G.P., la CSJ SL1533-2018, ha enseñado que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarlo, de allí, que sea dable tener por interrumpido el fenómeno prescriptivo cuando por exista negligencia del juzgado o la elusión de la demandada.

Sentadas las anteriores premisas, considera la Sala que en el caso sí se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo, pues si bien el término de un año de que trata el artículo 94 del C.G.P. se contabiliza desde la admisión de la demanda, lo que ocurrió hasta el 01 de marzo de 2019, notificado el 11 del mismo mes y año (fls. 14 y 15 del archivo 01) y, se tenía en principio

hasta el 11 de marzo de 2020 para notificar a la demandada, y ello se logró hasta dos días después de la remisión del correo electrónico del 09 de febrero de 2021, en el que consta el acuso de recibido de la demandada (archivo 04), las razones de tal notificación no son imputables a la parte actora.

En efecto, como se dijo la demanda se admitió el 01 de marzo de 2019, mediante auto que fuere notificado el 11 del mismo mes y año, momento a partir del cual la parte actora desplegó diversas actuaciones para lograr la notificación de la demandada, es así como, el 22 de mayo de 2019 remite citatorio en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 291 del C.G.P. para lograr la notificación de la demandada y, posteriormente, el 26 de agosto de 2019 remite aviso según el artículo 292 del C.G.P., lo que informó al juzgado el 23 de septiembre de 2019 (fls. 16 a 29 del archivo 01). P

Ante tal actuación, el A Quo mediante auto del 01 de noviembre de 2019, notificado el 06 del mismo mes y año, dispuso que se efectuara nuevamente la notificación, empero, esta vez a la Calle 140 A N° 103 F -70 Av. Cali (fl.30 del archivo 01); por lo que, la demandante remitió nuevo citatorio y aviso el 02 de diciembre de 2019 y 17 de febrero de 2020, última actuación que fuera comunicada el 28 de febrero de 2020 (fls. 31 a 45 del archivo 01); por tanto, y en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 29 del C.P.T. y de la S.S. era deber del A Quo nombrar Curador Ad Litem para lograr la defensa de los intereses de la demandada, sin embargo, y luego de un impulso presentado por la parte actora el 20 de enero de 2021, en contravía de lo señalado en la normatividad citada, el juzgado de primera instancia señaló mediante auto del 20 de enero de 2021, que se debía agotar el trámite dispuesto en el Decreto 806 de 2020, motivo por el que la demandada remitió correo electrónico a la demandada el 09 de febrero de 2021, quedando en tal sentido notificada dos días hábiles después según el artículo 8° de la norma en mención, esto es, el 11 de febrero de 2021 (archivo 02 y 03)

Conforme a lo dicho, a juicio de la Sala sí se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo, pues ciertamente la falta de notificación dentro del de un año es por razones ajenas a la demandante, pues en dicho término efectuó la citación y remitió aviso que le correspondía, según las directrices

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00070 -01.

Demandante: **SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA.**

Demandado: **RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS.**

del Despacho y conforme los parámetros legales vigentes para la época, sólo fue casi un año después de haber comunicado el envío del aviso – 28 de febrero de 2020-, esto es, el 20 de enero de 2021 que el juzgado de primera instancia solicitó que se cumpliera con lo dispuesto por el Decreto 806 de 2020, por lo que, en tal sentido no es dable considerar que la falta de notificación sea por hechos atribuibles a la actora.

Por lo brevemente expuesto y, no existiendo más motivos de inconformidad de la sentencia, esta se CONFIRMARÁ en su integridad.

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. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. 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.

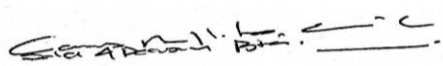
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00070 -01.
Demandante: **SANDRA MILENA PÉREZ VILORIA.**
Demandado: **RUD CECILIA GUECHA DE GRANADOS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la parte demandada como agencias en derecho la suma de \$350.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00076 -01.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA adelanta contra **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA 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 a término indefinido del febrero de 2012 al 03 de febrero de 2017; que le es aplicable la convención colectiva celebrada entre la demandada y SINTRAVALORES; que sea declarada ineficaz la cláusula del contrato que estipula el término del contrato, y reemplazarla por cuanto este es a término indefinido. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de primas semestrales convencionales de junio y diciembre, prima de vacaciones, reliquidación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa,

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

indemnización del artículo 7° de la convención colectiva de trabajo, y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a laborar al servicio de la demandada en febrero de 2012 para desempeñar el cargo de Celador, lo que sucedió inicialmente a través de Serdempo S.A.S. y, posteriormente de forma directa; **2)** Devengó como último salario la suma de \$2'057.000; **3)** Recibía capacitaciones, superviso, impuso horarios, dirigió e impartió órdenes de la demandada; **4)** Serdempo S.A.S. y la demandada comparte objeto social; **5)** Desde el 16 de febrero de 2016 se encuentra afiliado a SINTRAVALORES, quien actualmente tiene una convención colectiva vigente con la demandada; **6)** Según dicha convención los trabajadores que se encuentran vinculados a la demandada, tiene contrato a término indefinido; **7)** Mediante Resolución 0556 del 17 de octubre de 2013 ratificada por la Resolución 0354 del 30 de septiembre de 2014, el Ministerio de Trabajo sancionó a la demandada por violación del artículo 5° convencional luego de que se contratara personal a través de Serdempo S.A.S.; **8)** Le adeudan las acreencias convencionales que pretende, así como la indemnización del artículo 7° convencional y la reliquidación de sus cesantías; y **9)** Laboró hasta el 03 de febrero de 2017.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la prestación de servicios como celador por parte del actor; y la afiliación del demandante a SINTRAVALORES desde el 16 de febrero de 2016.

Expuso que la relación laboral estaba regida por un contrato de trabajo a término fijo que inició el 03 de febrero de 2013 y finalizó por

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

expiración del plazo fijo pactado; que frente al tiempo que el actor estuvo vinculado con Serdempo S.A.S. se celebró acuerdo transaccional; que SINTRAVALORES es un sindicato de carácter minoritario, por demás que el demandante no informó que su afiliación fuera aprobada por la junta directiva, dicha convención no aplica para la totalidad de los trabajadores, y varios de estos están regidos por el pacto colectivo de trabajo; y que el trabajador que estando bajo pacto colectivo de trabajo se afilia a SINTRAVALORES únicamente se le aplica el capítulo especial de la convención, pero no de forma alguna el artículo 5° convencional.

2.2. Vinculación de Partes.

Mediante auto del 08 de agosto de 2019 se dispuso la integración de **SERDEMPO S.A.S.** (archivo 17), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

No aceptó ningún hecho. Adujo que el demandante estuvo vinculado con la empresa del 08 de febrero de 2012 al 25 de enero de 2013, a través de diversos contratos de trabajo dependientes entre sí y con solución de continuidad; que durante el tiempo de vinculación de la actora pagó las acreencias laborales a su cargo; que ningún contrato superó de cuatro meses para que le sea aplicado el artículo 5° convencional deprecado; y que el demandante no se encontraba afiliado a SINTRAVALORES durante la época en que prestó servicios a su favor.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR S.A., a pagar al actor, la suma de \$19.302.498 por concepto de indemnización por despido injusto. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como I.P.C. inicial el de febrero de 2017 y como I.P.C. final el del mes anterior al que se efectúe su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR S.A., de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción sobre los derechos solicitados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00076 -01.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

con anterioridad al 25 de enero de 2016, y parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación con respecto a la indemnización moratoria.

TERCERO: COSTAS a cargo de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

CUARTO: ABSOLVER a SERVICIO DE EMPLEADOS SERDEMPO S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no se encuentra que se hubiere demostrado la desnaturalización de los contratos celebrados con SERDEMPO S.A.S., pues estos fueron de cuatro meses, por demás que se celebró acuerdo transaccional sobre tales vinculaciones sin que se hubiere solicitado la ineficacia de este; que en la convención colectiva de trabajo se estableció que la cláusula quinta era aplicable a todos los trabajadores de PROSEGUR S.A., por ende estos debía ser reconocidos al actor, incluso por encima del pacto colectivo; que si se hubiera demostrado los beneficios convencionales pagados en virtud del pacto colectivo, hubiera procedido la compensación frente a los valores que se debieron pagar por convención colectiva de trabajo; que pese a lo anterior, se presentó demanda el 26 de enero de 2019, sin que exista reclamación anterior, por lo que se encuentran prescritos los beneficios convencionales causados con anterioridad al mismo día y mes de 2016; que en cuanto a los beneficios causados con posterioridad a la fecha aludida se acreditó su pago; que al entenderse que se está frente a un contrato a término indefinido según disposición convencional, no era justa causa la finalización del vínculo por el vencimiento del plazo fijo pactado; que la indemnización convencional se liquida únicamente sobre el salario básico, por lo que junto con la indemnización legal, se tiene que se debe pagar \$19'302.498; y que dicho valor se debe reconocer debidamente indexado.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que si bien la indemnización por despido sin justa causa convencional se liquida con el salario básico, las prestaciones extralegales tienen factores salariales; que si bien están prescritas las primas semestrales, no operó tal fenómeno frente a las cesantías, las que se hacen exigibles desde el momento en el que el contrato de trabajo termina, sin que transcurrieran tres años entre dicho momento y la demanda; y que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00076 -01.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

al avizorase que no se pagó en debida forma las cesantías, no es posible considerar que se actuó de buena fe, lo que permitiría establecer que hay lugar a sanción moratoria.

Por su parte, la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** señaló que entre las partes se acreditó que se había celebrado un contrato a término fijo que no estaba prohibido; que no es cierto que la convención colectiva 2008-2009 hubiera estado vigente, puesto que esta fue denunciada, por lo que no era dable entender que se encontraba prorrogada; que al momento de ingresar el actor estaba vigente el pacto colectivo, sin que estuviera afiliado a SINTRAVALORES, el cual era además un sindicato minoritario; y que por lo anterior, no es dable el reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa ni la sanción convencional.

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 no fue utilizado por los apoderados de estas.

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 considerar que el demandante era beneficiario de la convención colectiva de trabajo desde su vinculación? y, ¿hay lugar a reliquidar cesantías y ordenar el pago de indemnización moratoria?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009.

La Convención Colectiva de Trabajo, entendida como fruto de la negociación colectiva constituye un acto jurídico de forzoso cumplimiento para las partes que la suscriben, *“como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad”* (C-902 de 2003)

Conforme dispone el artículo 467 del C.S.T, la convención colectiva de trabajo tiene como fin el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo, las que deben tener como fin mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre trabajadores (CSJ SL16811-2017).

Por su parte, el artículo 470 del C.S.T. establece su campo de aplicación, señalando que *“las convenciones colectivas entre {empleadores} y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato”*. A renglón seguido, el artículo 471, ídem atinente a la extensión a terceros de la norma convencional, señala:

“ARTICULO 471. EXTENSION A TERCEROS. <Artículo modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención”.

Por tanto, sólo en aquellas empresas donde el sindicato tenga más de la tercera parte del total de los trabajadores afiliados, resulta aplicable la convención colectiva a sus trabajadores no sindicalizados, no obstante, ese campo de aplicación fijado por el legislador, constituye un mínimo que puede ser superado a través de su extensión a trabajadores no comprendidos en aquél si es admitido libre y voluntariamente por el empleador.

De igual manera, CSJ Rad. 37478 del 07 de julio de 2010, CSJ Rad. 38463 del 25 de septiembre de 2012, CSJ SL12603-2017, CSJ SL19487-2017, y CSJ SL444-2022, ha expuesto que, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario, no disuelve lo consensuado, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores, se impone el deber de respetar y garantizar ese compromiso dado que no es la ley la fuente de la obligación adquirida por el empleador, sino su libertad para contraerla.

En el sub lite, se encuentra que el A Quo a afectos de reconocer que el demandante se encontraba cobijado por la convención colectiva de trabajo y, especialmente a la modalidad de contrato para vinculación de personal acudió a la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 que suscribió la demandada con SINTRAVALORES, la cual fue allegada al plenario con la correspondiente constancia de depósito (fls. 45 a 81). Dicho acuerdo convencional establece en el artículo 3 su aplicabilidad a todos los trabajadores de THOMAS PROSEGUR S.A. hoy la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., así:

“Artículo 3. – Campo de aplicación: *La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de THOMAS PROSEGUR S.A., dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.”*

De esta manera, es claro que la convención colectiva aludida aplica para todo el personal de la demandada en el territorio nacional, así como

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

que todo personal que preste sus servicios a la demandada lo debe desarrollar mediante un contrato a término indefinido, pues así lo dispuso el artículo 5 convencional que reza:

“Artículo 5. – Contratación de personal: Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a THOMAS PROSEGUR S.A. tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

“El personal que preste sus servicios a la compañía a través de la firma de **SERDEMPO LTDA.**, que cumpla cuatro (4) meses de servicio, ipso facto quedará contratado a término indefinido con **THOMAS PROSEGUR S.A.**, reconociendo el tiempo laborado en esta firma y cualquier aumento de salario a que tenga derecho, sin nuevo periodo de prueba.

“Queda entendido que **THOMAS PROSEGUR S.A.**, no podrá contratar personal con otras compañías o entidades que suministren personal temporal.

“Parágrafo: No obstante la estipulación anterior, la empresa puede solicitar los servicios de entidades del estado, cada uno de éstos servidores no podrán laborar más de un mes continuo en la compañía y en ningún caso podrá laborar más de uno de estos servidores en cada vehículo y su labor en los vehículos blindados será de lunes a viernes”.

Así mismo, y en cuanto al argumento impetrado por la parte demandada referido a que no es cierto que la convención colectiva 2008-2009 hubiera estado vigente, puesto que esta fue denunciada, debe advertirse que no se encuentra en el plenario la aludida denuncia, y si bien se observa que la demandada solicitó se constituyera un Tribunal de Arbitramento por pasar a ser SINTRAVALORES un sindicato minoritario, tal pedimento fue negado por el Ministerio del Trabajo a través de las Resoluciones 4764 de 2011, 1620 y 1187 de 2012 (fls. 125 a 143 del archivo 01), en todo caso, según las voces del artículo 479 del C.S.T. cuando la denuncia se presenta con el cumplimiento de los requisitos que establece el numeral 1° de tal norma, la convención colectiva continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención. Al punto, observa la Sala que se allegó Convención Colectiva 2015-2019, por lo que la primera se entiende que en virtud de lo dispuesto en el artículo del 478 *ejusdem* se prorrogó y estuvo vigente hasta que se firmó la segunda (fls. 89 a 128 del archivo 01); lo dicho se acompasa con la sentencia CSJ SL3764-2022.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

Sin embargo, encuentra la Sala que el demandante en el momento de su vinculación como trabajador el 04 de febrero de 2013, se acogió al capítulo especial del Pacto Colectivo, y con ello renunció a la aplicación de la Convención Colectiva estudiada, pues el trabajador manifestó su deseo de adherirse al pacto colectivo, conforme se constata con la misiva obrante a folio 35 del archivo 07.

Por ello, y si bien era dable considerar que, la Convención Colectiva se encontraba vigente, no se podía aplicar en favor del trabajador, en tanto que el régimen que dispuesto para él es el contemplado en el CAPÍTULO ESPECIAL y el artículo 49 del Pacto Colectivo visible a folios 98 a 116 del archivo 07, y que a la letra dice:

“NUEVOS TRABAJADORES: Respecto de los trabajadores que se acojan al presente pacto y que ingresen a laborar con posterioridad al día 03 de diciembre de 2010, y respecto de la empresa, ambos se regirán por la Ley y por los contratos que celebren, en lo que tiene que ver con régimen de contratación, modalidades y sistemas de la misma, régimen prestacional extralegal, etc.”

“ARTÍCULO 49.- CONTRATOS A TÉRMINO FIJO: La empresa podrá celebrar contratos de trabajo a término fijo menores a un año que se regirán en todos sus aspectos de acuerdo con lo establecido en la ley laboral y en el capítulo especial pactado en el presente documento”.

Conforme lo anterior, a juicio de esta Sala de decisión, al acogerse el demandante al Pacto Colectivo de forma libre y voluntaria, era dable la que la modalidad contractual que se celebrara fuera un contrato a término fijo, tal como lo pactaron las partes desde el inicio de la relación; pacto colectivo que debe decirse, en ningún momento fue objeto de reproche por parte de la actora y frente al cual en ningún momento se pidió su inaplicabilidad o ineficacia.

Reliquidación de las Cesantías. Emolumentos Salariales Convencionales y Factores Salariales.

De entrada este punto de la apelación no puede ser acogido por la Sala, pues como se dijo en líneas anteriores, el demandante al estar amparado por el pacto colectivo no puede ser beneficiario de la convención

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

colectiva de trabajo, por ende, mal puede exigir la reliquidación con base en tal normativa, no obstante y solo en gracia de discusión, basta con observar la correspondiente convención suscrita para el periodo 2008-2009, especialmente, el artículo 29, para advertir que dicha norma lo único que contiene son emolumentos prestacionales, pero no una manifestación expresa de que se tratan de factores salariales ni muchos menos que sirvan para liquidar cesantías (fl.57 del archivo 01); lo que también acaece con el artículo 29° de la Convención Colectiva 2015-2019 en el que se plasmó el mismo texto (fl.105 del archivo 01):

“Artículo 29°.- Reconocimiento y liquidación de prestaciones sociales: *La empresa reconocerá para efectos de prestaciones sociales, parciales o totales lo siguiente:*

- *Auxilio de alimentación.*
- *Prima de vacaciones.*
- *Prima extralegal de junio y diciembre.*
- *Bonificación de antigüedad.*
- *Subsidio de transporte de ley y el que trata el artículo 45 de la convención colectiva de trabajo.*

En consecuencia, la dotación y demás auxilios no enunciados en este artículo no harán parte del salario, ni constituirían basa para liquidación de prestaciones sociales, parciales o totales”.

Así las cosas, no es dable ordenar la reliquidación de las cesantías, así como tampoco la indemnización moratoria al pender esta de la prosperidad de dicho reajuste.

Por lo brevemente expuesto y, al no prosperar ninguna de las pretensiones en estudio, se **REVOCARÁ** la sentencia en su integridad, y se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones incoadas 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**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00076 -01.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

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 **ABSUELVE** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.

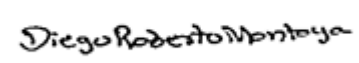
SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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.

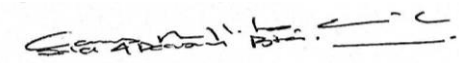
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00076 -01.

Demandante: **JOSÉ ELVER VARGAS IBARRA.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

AUTO

Se señalan a cargo el demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00258 -01.

Demandante: **LUIS GERMÁN LÓPEZ MORENO.**

Demandado: **EDITORIAL DELFÍN 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS GERMÁN LÓPEZ MORENO** adelanta contra **EDITORIAL DELFÍN S.A.S**

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 a término indefinido desde el 14 de noviembre de 1995 hasta el 23 de abril de 2018; que su salario promedio era de \$2'994.438; que laboraba de lunes a viernes de 6:00 A.M. a 6:00 P.M. y sábados de 6:00 A.M. a 4:00 P.M., así como los domingos de 6:00 A.M. a 4:00 P.M., sin día de compensatorio; que las presuntas faltas disciplinarias formuladas el 09 de abril de 2018 son nulas, los descargos violaron el debido proceso, y que por ende la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, pretende indemnización por despido sin justa causa, compensatorios no otorgados por laborar domingos, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 14 de noviembre de 1995 suscribió un contrato a término indefinido con Editora Géminis Ltda., quien sustituyó dicho contrato a la demandada a partir del 01 de diciembre de 2009; **2)** Laboró todos los domingos sin compensatorio; **3)** Su salario promedio era de \$2'994.438; **4)** La demandada desarrollaba todo lo relacionado con trabajos entregados a los prensistas; **5)** Para el trabajo “La Voz de tus Sueños” la demandada no elaboró el trabajo técnico y lo dejó sin esta herramienta de trabajo, no obstante la empresa alega que en tal trabajo se presentó variedad tonal y problemas de registro en el resultado de la producción; labor desempeñada el 09 de abril de 2018; **6)** Por lo anterior, fue llamado a descargos el 11 de abril de 2018, pese a que no tenía a su cargo hacer mezclas de color y determinar intensidad, lo que estaba a cargo de su supervisor; y **7)** El 23 de abril de 2018 le fue terminado su contrato de trabajo.

2. Respuesta a la Demanda.

EDITORIAL DELFÍN S.A.S. se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepción de mérito la de prescripción (archivo 04).

Aceptó los hechos alusivos a la sustitución patronal; la labor que desarrollaba la empresa de trabajos entregados a los prensistas; y que citó al demandante a descargos por su labor en el el trabajo “La Voz de tus Sueños”, pues este tenía variedad tonal y problemas de registro en el resultado de la producción.

Adujo que el actor se vinculó con Editora Géminis Ltda. el 01 de enero de 2001; que el horario del demandante nunca superó las 48 horas semanales, ocho horas al día; que el salario del actor era \$1.799.097; que para la elaboración de mezcla de colores e intensidades se realizaba por la persona que fuera designada para ello, sin que correspondiera obligatoriamente a un especialista; y que el trabajo del actor generó graves pérdidas económicas a la empresa, motivo por el que fue despedido al evidenciarse variedad tonal y problemas de registro en el resultado de la producción, ante una presunta falta control densito métrico y de ajuste de registro por su parte.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se acreditó la existencia de un contrato desde el 01 de enero de 2001 al 23 de abril de 2018, en el que obró sustitución patronal, siendo empleador la demandada; que no está acreditado que se laboró todos los domingos deprecados en la demanda, no siendo dable para el juzgador realizar suposiciones al respecto; que no se acreditó vicio del consentimiento en el acta de descargos ni violación al debido proceso; que se acreditó la justa causa de despido, puesto que en diligencia de descargos el demandante aceptó que no realizó el correspondiente registro en el resultado de la producción y que existió variedad tonal, lo que no aviso a su supervisor con el fin de evitar cualquier tipo de perjuicio a la empresa; y que en todo caso, operó prescripción pues no se logró interrumpir la prescripción, pues no se notificó dentro del término de un año de conformidad con el artículo 90 del C.G.P.

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 grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por EDITORIAL DELFÍN 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 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿cuáles son los extremos temporales de la relación laboral? ¿cuál es el salario del actor?, ¿es dable acceder al reconocimiento de compensatorios por haber presuntamente laborado el actor los días domingos?, ¿se incurrió en violación al debido proceso al momento de dar terminación el contrato de trabajo del demandante?, y ¿hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa?

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.

No existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo ente las partes para desarrollar labores de Operario de Impresión, así como que esta finalizó el 23 de abril de 2018, no siendo así con el extremo inicial, puesto que el demandante deprecia que inició el 14 de noviembre de 1995 y, la demandada el 01 de enero de 2001.

Al respecto, se rememora que la carga de la acreditación de los extremos temporales según CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, 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 según certificación obrante a folio 29 del archivo 01 la relación laboral que rigió las partes inició el 01 de enero de 2001, lo que es concordante con el contrato de trabajo visible a folio 34 del archivo 01, en donde se establece el 02 del mismo mes y año como fecha de inicio de labor. En consecuencia, no

habiendo prueba alguna que permita establecer que el demandante prestó sus servicios con anterioridad, especialmente testigos, no queda otro camino que establecer que el contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue del 01 de enero de 2001 al 23 de abril de 2018, tal y como lo estableció la A Quo.

Salario.

Tal y como da cuenta la liquidación final de prestaciones sociales del demandante el último salario devengado por el demandante fue la suma de \$1'799.097 y, si bien se hace alusión a que las cesantías se liquidaban con un salario de \$2'994.438 (fl. 56 del archivo 01), lo cierto es que no se encuentra debidamente acreditado a qué se debe tal valor, esto es, si existían rubros que eran constitutivos de salarios, a promedios de horas extras pagadas, o a disposiciones convencionales que estableciera una forma especial para su liquidación, por manera que ante la ausencia de prueba en tal aspecto, se tendrá como salario el primer valor aludido, en caso de llegarse a imponer condenas.

Horas Extras. Dominicales.

Al respecto, sea lo primero advertir que el artículo 161 del C.S.T. establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas al día y 48 a la semana.

Por parte, CSJ Rad. 31637 del 15 de julio de 2008, y CSJ SL3009-2017, ha explicado que las horas extras, dominicales y festivos laborados, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

En el plenario, se allegó un documento denominado “turno de aseo baños”, no obstante, del mismo no se puede establecer a que año corresponde para observar si se trataba de un domingo, así como tampoco

existe constancia de que fue efectivamente prestado el servicio por parte del actor (fl.28 del archivo 01), por demás que se encuentra en el plenario reportes de nómina pagos por recargos nocturnos y festivos, lo que permite establecer que el empleador no era completamente omisivo en el pago de tales rubros y, que durante los periodos que estos se causaron se reconocieron, sin que aparezca demostrado de forma fehaciente que se laboró tiempo adicional del que aparece consignado en tales reportes de nómina (fls. 41 a 45 y 56 del archivo 01).

Así las cosas, y como quiera que no se cuenta con pruebas que brinden certeza que los presuntos dominicales laborados por el demandante fueron efectivamente servidos no queda otro camino que confirmar en tal aspecto la sentencia.

Ineficacia de la Terminación del Contrato.

CSJ SL3827-2020 precisó: que el despido sin justa causa, supone el ejercicio de la potestad que tiene el empleador de prescindir de los servicios del trabajador mediante el pago de una indemnización tarifada en el artículo 64 del C.S.T.; no obstante, si en la terminación se adolece de algún vicio del consentimiento, se sigue la consecuencia prevista en los artículos 1740, 1741 y 1746 del C.C. aplicables en materia laboral por autorización expresa del artículo 19 del C.S.T., lo que significa que “*produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*”, esto es, que el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y “*da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*” (CSJ SL4360-2019).

En el asunto, no se efectuó actividad probatoria alguna para acreditar la existencia de un vicio del consentimiento para considerar que las presuntas faltas alegadas carecen de eficacia, pues no se denota que el demandante en momento alguno hubiese sido objeto de error, fuerza o dolo, por lo que, en tales condiciones no queda otro camino que confirmar la absolución sobre tal tópico.

Despido Sin Justa Causa. Debido Proceso.

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 según la comunicación del 23 de abril de 2018 por cuanto el demandante incurrió en el incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, ya que, en el proceso productivo “La Voz de tus Sueños”, las cargas en los porcentajes de las tintas no corresponden con la instrucción acordada para el título en mención; se presentó grave omisión al no consultar con el Supervisor respecto de la referencia de la tonalidad del tiro para imprimir el trabajo, resultando en una decisión autónoma del operario y, por consiguiente en una extralimitación de sus funciones; no se realizó el control densito- métrico para la medición de la densidad de la impresión, realizando en forma exclusiva una inspección visual, existiendo una diferencia entre pliego y pliego de hasta el 20% en el análisis densito- métrico; no se agotaron los recursos operativos al evidenciarse la no conformidad y los problemas de registro de la producción; no fueron diligenciados los formatos de inspección de pliegos en la producción del título, resultando adicionalmente omitido el registro de las densidades tomadas a través del densitómetro; que lo anterior, generó la calidad en la producción, sobrecostos, y riesgos reputacionales para la empresa; y que se generó un grave perjuicio para la demandada (fls. 51 a 55 del archivo 01).

De esta manera, le correspondía al empleador acreditar tales causas, así como su gravedad, carga que se verificó, puesto que en diligencia de descargos el demandante señaló que tomó como guía lo que ya estaba impreso y los perfiles que ya tenía la máquina, que durante el rodaje de las mediciones estaban dando de 10 a 15 por encima de lo establecido y las tramas se veían muy tapadas; que no tomó el registro de densidades tomadas a través del densitómetro en el formato inspección de pliegos; y que no comentó los problemas que evidenció a un supervisor, sólo consignó tal situación en una minuta (fls. 47 a 50 del archivo 01); por manera que ciertamente está demostrado que el demandante incurrió en omisiones al momento de realizar su labor como Operario de Impresión, lo que, a su vez según el Supervisor de Impresión, Ricardo Céspedes, generó la reposición de 4000 libros, además de inconvenientes, mala imagen ante el cliente, y pérdidas económicas para la compañía.

Finalmente, se rememora que CSJ SL15245-2014 y CSJ SL2351-2020, ha explicado que si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo. Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según CSJ SL2351-2020, lo que se acompasa con la SU-449 de 2020, en la que se determinó la exigencia de escuchar previamente al trabajador para valorar los hechos ocurridos, y verificar la entidad del acto cometido y constatar su arreglo con las justas causas de terminación del contrato de trabajo.

De esta manera y, dado que el trabajador fue escuchado en descargos y se configuró una justa causa de terminación del contrato de trabajo, se considera que le asiste razón a la A Quo en la absolución de tal sanción, por lo que, la sentencia se confirmará en su integridad; igualmente, se advierte frente a la indexación que la Sala se abstiene de realizar pronunciamiento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00258 -01.

Demandante: **LUIS GERMÁN LÓPEZ MORENO.**

Demandado: **EDITORIAL DELFÍN S.A.S.**

por sustracción de materia, al no imponerse condena alguna que deba ser objeto de actualización monetaria.

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 13 de diciembre de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

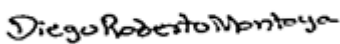
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

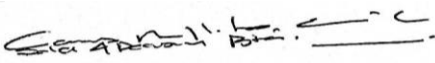
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00258 -01.
Demandante: **LUIS GERMÁN LÓPEZ MORENO.**
Demandado: **EDITORIAL DELFÍN S.A.S.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00601 -01.

Demandante: **OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS.**

Demandado: **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 11 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS** adelanta contra **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA 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 a término indefinido que se encuentra vigente desde 2006. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías, aportes a seguridad social integral, que en los sucesivos se paguen sus derechos prestacionales y aportes a seguridad social, e indexación.

Demandante: **OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS.**

Demandado: **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Empezó a prestar sus servicios como Colocadora de Apuestas Dependiente mediante contrato comercial de colocador de apuestas independientes a Apuestas en Línea en 2006; empresa que se fusionaría con otras empresas constituyendo a GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.; **2)** En desempeño las funciones de ventas de chance, superastro millonario, recargas para teléfonos móviles, baloto, lotería en línea, lotería física, realización de giros, recibir pagos de servicios públicos, recaudo Bet Play, recargas de TuLlave (transmilenio), paga millonario, rifas en línea, atención al público dentro del horario de apertura de los puntos de venta de la demandada; **3)** Cumplía horario de trabajo así: 2006 a 2009, en el local de venta ubicado en Carrera 80 # 94- 36 de Bogotá, de 7:00 A.M a 2:00 P.M, y de 2:00 P.M. a 9:30 P.M de lunes a sábado, y dos domingos al mes; 2009 a 2016, de 7:00 A.M a 2:00 P.M, y de 2:00 P.M a 9:30 P.M. de lunes a sábado, y dos domingos al mes.; a partir de 2017, del 7:00 A.M. a 2:00 P.M., o de 2:00 P.M. a 9:30 P.M., de lunes a sábado, y dos domingos al mes; **4)** Ha tenido diversos jefes como Carlos Padilla, Claudia Vargas, Yelitza Sarmiento, Ricardo Álzate, Henry Santana, Miguel Cely, Sandra Herrera, e Ivon Marcela Paz, estando sometida a subordinación por parte de estos, debiendo cumplir metas; **5)** Para ejecutar su trabajo nunca ha hecho uso de herramientas propias, por el contrario han sido suministradas por la demandada, quien también ha aportado su dotación; **6)** El promedio salarial de los últimos tres meses de labor fue la suma de \$1'400.000; y **7)** No ha sido afiliada a seguridad social, ni las acreencias laborales que reclama.

2. Respuesta a la Demanda.

GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

No aceptó ningún hecho. Adujo que la demandante tiene una relación mercantil con la empresa, puesto que es una colocadora de apuestas, servicio que presta de forma independiente y sin ningún tipo de horario o subordinación.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió una relación laboral vigente entre el 17 de enero de 2007 al 02 de marzo de 2022, desempeñando como último cargo el de Colocadora de Apuestas Dependiente con una última remuneración de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la parte actora, las siguientes sumas y conceptos indexados:

- a. \$ 15'183.333 por concepto de auxilio de cesantías.
- b. \$ 3'179.268 por concepto de intereses a las cesantías.
- c. \$ 5'563.889 por concepto de prima de servicios.
- d. \$ 3'613.889 por concepto de vacaciones.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a la actora la suma de \$3'179.268 por concepto de sanción por no pago de intereses a las cesantías.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a la actora y por tanto a cotizar al sistema general de pensiones, el porcentaje que corresponda de los aportes, causados entre el 17 de enero de 2007 al 02 de marzo de 2022, tomando como I.B.C. el SMLMV, para lo cual el fondo al cual se encuentre afiliada la demandante o en su defecto, COLPENSIONES deberá realizar el cálculo actuarial, con el fin de que la demandada efectúe los pagos correspondientes.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas por la demandante.

SEPTIMO: COSTAS en la instancia a cargo de la demandada y a favor del demandante. Liquidense por secretaría.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que del acervo probatorio recolectado, esto es, certificaciones y testigos se logra establecer que la demandante prestó sus servicios a favor de la demandada como Colocadora de Apuestas; que por lo anterior, le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación, no obstante y, contrario a ello, se demostró que la trabajadora prestaba sus servicios bajo la supervisión de la demandada, utilizando equipos y herramientas de esta, así como en los locales que esta dispusiera para tal efecto; que la primera certificación data del 17 de enero de 2007, por lo que se tendrá esta como extremo inicial; que no existe claridad en cuanto al salario devengado por la actora, por lo que, el que se tuvo fue el salario mínimo; que operó prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 30 de agosto de 2016, pues se demandó hasta el mismo día y mes de 2019, con excepción de las cesantías, pues estas se hacían exigibles con la terminación del contrato de trabajo, y

los aportes a pensión, pues estos son imprescriptibles; que no hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías, puesto que la demandada tenía la convicción de estar frente a un contrato mercantil; que no es dable reconocer aportes a salud y A.R.L. puesto que no se acreditó perjuicios por su falta de pago; y que no se solicitó indemnización por despido sin justa causa.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** señaló que la prescripción sólo se contabiliza desde que termina la relación laboral, por lo que, si se finalizó el 02 de marzo de 2022, no podía declararse tal excepción, pues sólo hasta la finalización del contrato podía reclamar; que hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías, puesto que la demandada actuó de mala fe, pues contaba con personal dependiente en iguales circunstancias que la actora, lo que se buscaba era disfrazar su condición de trabajadora, incluso acudiendo a figuras como el comodato; que sí se notificó la terminación del contrato de trabajo a la juzgadora, por lo que esta debió hacer uso de sus facultades *ultra y extra petita*.

Por su parte, **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.** adujo que se demostró que la demandante era una Colocadora de Apuestas Independiente, que no estaba subordinada, y que no percibía un salario; que se acreditó la autonomía de la actora, más cuando esta manifiesta que fue ella quien no quiso pasarse a nómina por tener un mejor porcentaje como independiente, ella era consciente de la calidad que tenía; y que la actora suscribió contratos de forma libre y autónoma, no sólo un contrato sino varios, además no tenía exclusividad.

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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas que la relación que ató a las partes era de índole laboral?, ¿es dable contabilizar el término prescriptivo desde la terminación del contrato de trabajo?, ¿hay lugar al pago de sanción por no consignación de las cesantías?, y ¿es posible decidir si hay lugar a 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.

Del Principio de la Primacía de la Realidad. Colocadores de Apuestas Independientes.

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; por lo que, con independencia de que la parte actora hubiere consentido la celebración de un contrato civil, al ser considerada la parte débil de la relación laboral, sí aparecen acreditados tales presupuestos, se estará en presencia de un contrato de trabajo.

En cuanto a los Colocadores de Apuestas Independientes CSJ SL3695-2021 reiterada en la CSJ 2274-2022 y CSJ 4017-2022, en casos similares al aquí expuesto, concluyó que la venta de chance o colocación de apuestas permanentes no es distinta a todas las labores que implican la ejecución de actividades personales y por tanto está cobijada por presunción aludida; que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, otorga un alivio probatorio al trabajador al permitirle que una vez acredite la ejecución personal de un servicio se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral; que es dable exigir al demandado desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que demuestren que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma; y que con lo anterior, no se desconoce lo previsto en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, pues se verificó que la actora ejecutó la venta de chance de manera subordinada y no como independiente.

Descendiendo al caso, se encuentra que la demandada certificó la

calidad de la actora como Colocadora de Apuestas desde el 17 de enero de 2007 (fls. 470 a 180 del archivo 03).

De esta manera, se considera acreditado el elemento de la prestación del servicio, debiendo la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación; carga que no demostró, por cuanto en el plenario además que se encuentra que la demandada aseguró a través de póliza grupal a la demandante en caso de que sufrir esta, algún tipo de accidente en la prestación de sus servicios, portaba carnet, se comunicaba con su jefe en caso de averías en las máquinas puestas a su disposición por la empresa, informaba novedades, debía cumplir metas, asistir a reuniones, y portar uniforme con logotipos de la empresa (fls. 481 a 523 del archivo 03)

Igualmente, en pacto comercial celebrado entre las partes en la cláusula primera se estableció que su objeto consiste en *“promocionar, colocar y vender de manera independiente y en forma directa apuestas permanentes por el procedimiento sistematizado en línea y tiempo real y demás juegos de suerte y azar y productos que se puedan vender por el procedimiento indicado y que acuerden las partes de acuerdo con las normas legales que regulan estas actividades”* (fls. 768 a 797 del archivo 03).

Del mismo modo, en dichos contratos se indica que tal actividad se realizara en los tiempos que a criterio del contratista se deba efectuar, aclarando que el mismo debe tener en cuenta *“los horarios con los cuales se juegan las apuestas”* y, la demandada en la cláusula segunda, se compromete a: i) suministrar los formularios oficiales para la ejecución de la atadura mercantil; ii) entregar los bienes necesarios para la labor a través de comodato; iii) *“ejercer todos los controles administrativos, operacionales y técnicos, y realizar las visitas correspondientes para vigilar el perfecto cumplimiento de este contrato”*; informar a la señora Serrato Plazas sobre el diligenciamiento de los formatos y el uso de los medios tecnológicos y; iv) dar el material POP que a criterio de la sociedad sea necesario para la promoción del servicio.

De otro lado se impuso a la actora *“desarrollar la actividad mercantil por sus propios medios, a su cuenta y riesgo”*, *“no permitir que personas no*

autorizadas usen o vendan en los equipos tecnológicos suministrados [...]”, “someterse a los reglamentos e instrucciones que respecto del juego de apuestas imparta la ley, las normas reglamentarias, la concedente directamente o la empresa”.

Por otra parte, comparecieron a juicio las testigos Irma Zuluaga y Sandra Liliana Linares quienes manifestaron que conocen a la demandante por su labor en las oficinas de Paga Todo, que era quien prestaba servicios de venta de chance, recargas de celular y tarjeta del S.I.T.P. y, giros; que la actora portaba uniforme y carnet; y que estaba permanentemente dentro de la oficina aludida.

Del mismo modo, y Martha Babativa, testigo que a juicio de la Sala goza de credibilidad, pues 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 encontrarse contradicción en su dicho o manifestaciones que le restaran credibilidad a su declaración, informó que como Colocadora de Apuestas laboraban en oficinas que eran alquiladas por la demandada, que debía cumplir horario a través de horarios rotativos, que la actora no podía prestar su labor en lugar distinto a la oficina dispuesta por la demandada, que debía hacer lo que su jefe señalara, que debían registrar su horario de ingreso y salida, así como asistir a reuniones y cumplir metas de ventas.

Así las cosas, considera la Sala que ciertamente se encuentran acreditados los presupuestos para considerar que entre las partes existió una relación laboral, siendo insuficiente para desvirtuar el elemento de la subordinación el testimonio del señor Miguel Alejandro Cely, ya que si bien este señala que la demandante era independiente, no cumplía horarios, no tenía jefes, no estaba subordinada, podía enviar a alguien a prestar su labor y, no tenía metas, lo cierto es que de conformidad con la prueba documental aludida, se ejercía sobre ella controles administrativos, operacionales y técnicos, se realizaban visitas para vigilar el cumplimiento del contrato, debía informar sobre el diligenciamiento de los formatos y el uso de los medios tecnológicos, no podía permitir que personas no autorizadas usaran o vendiera los equipos tecnológicos suministrados, debía someterse a los

reglamentos e instrucciones que respecto del juego de apuestas imparta la ley, las normas reglamentarias, y la empresa.

Finalmente, en cuanto a la exclusividad es menester rememorar que esta no es una característica propia de los contratos de trabajo, por el contrario, el artículo 26 del C.S.T. señala que *“un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo”*.

Por lo narrado, se considera acertada la declaratoria de un contrato de trabajo de conformidad con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, por lo que la sentencia en este sentido se confirmará.

Prescripción.

CSJ Rad. 41522 del 14 de agosto de 2012, CSJ Rad. 44069 del 12 de marzo de 2014, CSJ SL3441-2018, y CSJ SL4260-2020 ha enseñado que por muy sugestiva que parezca la tesis que pregona un carácter *“constitutivo”* de las sentencias que dirimen los conflictos del trabajo, esto es, de considerar exigible las acreencias laborales una vez se constituye el derecho en cabeza del trabajador a través de sentencia judicial, se ha entendido que las sentencias son *“declarativas”*, pues reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda y, por tanto, sólo se pueden exigir desde cuando se genera cada prestación.

En igual sentido, dicha corporación a través de las aludidas sentencias ha explicado que tampoco surge fácilmente explicable, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuándo se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de este y al reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme.

En consecuencia, se considera que le asiste razón a la A Quo al considerar que sobre cada acreencia laboral operó el fenómeno prescriptivo

de acuerdo al momento en que se hizo exigible y, no desde la terminación del contrato de trabajo, por lo que, en tal sentido se considera acertada su decisión y, por ende, se confirmará.

Sanción por No Consignación de las Cesantías.

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, así como su conducta frente a la falta de consignación de cesantías.

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 las cesantías; 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 la sanción por no consignación de las cesantías, puesto que la relación laboral se suscitó por más de 15 años, sin realizar pago laboral alguno ni aportes a seguridad social, bajo el esquema de un supuesto contrato de comercial, sin que baste cuestionar la naturaleza jurídica del vínculo (CSJ SL17195-2015) o que existía la creencia de estar sumergido en otro tipo de relación (CSJ SL4515-2020), pues lo cierto es que incluso dentro del mismo contrato se plasmó características propias de

Demandante: **OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS.**

Demandado: **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.**

contratos de trabajo, especialmente elementos de los que es dable considerar que la relación fue de carácter subordinada.

Así, y dado que operó la excepción de prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 30 de agosto de 2016, la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, resulta dable reconocer la aludida indemnización de la siguiente manera:

Año	Días	Salario	Días de Salario	Valor
2015	165	\$644.350	\$21.478,33	\$5'691.758,33
2016	360	\$689.455	\$22.981,83	\$8'273.460
2017	360	\$737.717	\$24.590,57	\$8'852.604
2018	360	\$781.242	\$26.041,40	\$9'374.904
2019	360	\$828.116	\$27.603,87	\$9'937.392
2020	360	\$877.203	\$29.240,10	\$10'526.436
2021	360	\$908.526	\$30.284,20	\$10'902.312
Total				\$63'558.866,33

No se imponen las de 2022, puesto que estas hacen parte de la liquidación final de prestaciones sociales, y la indemnización que se impone por tal rubro es la sanción moratoria. En consecuencia, se **MODIFICARÁ la sentencia** en el sentido de ADICIONAR que la demandada debe pagar a la actora por concepto de sanción por no consignación de las cesantías la suma de **\$63'558.866,33**; valor que se deberá pagar debidamente **indexado**.

Indemnización por Despido Sin Justa Causa.

Si bien se advirtió en un juicio la terminación del contrato de trabajo, es necesario rememorar que, el legislador delegó la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra *petita* 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).

Así las cosas, no resulta dable para esta Corporación efectuar un pronunciamiento para adentrarse a reconocer la indemnización aludida pues no fue deprecada por la parte actora, por demás que no se observa que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00601 -01.

Demandante: **OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS.**

Demandado: **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.**

los hechos que podrían originar el pago de tal indemnización, no fueron objeto de discusión en primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Las de primera, deberán liquidarse teniendo en cuenta la modificación realizada 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:

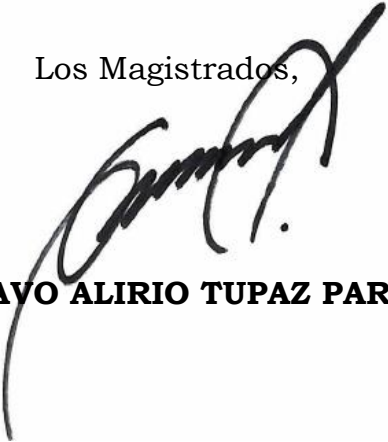
PRIMERO. – **MODIFICAR** la sentencia en el sentido de ADICIONAR que GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. debe reconocer y pagar a OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS por concepto de sanción por no consignación de las cesantías la suma de **\$63'558.866,33**; valor que se deberá pagar debidamente **indexado**.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

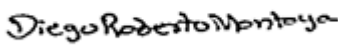
TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

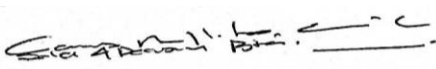
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00601 -01.
Demandante: **OLGA LILIANA SERRATO PLAZAS.**
Demandado: **GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$800.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00731 -01.

Demandante: **CARLOS FERNANDO CASAS RODRÍGUEZ.**

Demandado: **EMGESA S.A. E.S.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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 06 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS FERNANDO CASAS RODRÍGUEZ** adelanta contra **EMGESA S.A. E.S.P.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare que la jornada laboral y horarios que le imponen son ilegales; que tiene derecho al reconocimiento y pago de días compensatorios y dominicales; que la demandada no cuenta con un permiso para exceder la jornada máxima legal; y que no lleva registro de horas extras laboradas. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de horas extras junto con los dominicales y festivos; reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, primas convencionales y aportes a seguridad social en pensión, conforme al salario real devengado que incluya horas extras y compensatorios; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Empezó a laborar al servicio de la demandada el 28 de septiembre de 1994 mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** El último cargo desempeñado fue el de Operador Central BRB con Nivel Operador Tecnólogo II, devengando un salario de \$6'497.257; **3)** Se encuentra afiliado a SINTRAELECOL; **4)** Debe cumplir funciones por fuera de su jornada laboral, laborando siete días al mes durante 12 horas diarias, así como ha trabajado tres dominicales sin remuneración adicional; lo que incluso se encuentra consignado en el reglamento interno de trabajo; **5)** El 21 de septiembre de 2006 varios trabajadores reclamaron su situación sobre la jornada de trabajo, no obstante, el 27 de junio de 2007 la demandada manifestó que todo estaba conforme a la ley; y **6)** El 25 de noviembre de 2016, 03 de mayo de 2017, y 16 de agosto de 2019 reiteraron su solicitud frente a la jornada de trabajo, sin embargo, se emitió respuesta negativa el 03 de septiembre de 2019.

2. Respuesta a la Demanda.

EMGESA S.A. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de compensación y prescripción.

Aceptó la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido el 28 de septiembre de 1994; las reclamaciones del 21 de septiembre de 2006, 25 de noviembre de 2016, y 03 de mayo de 2017, así como la negativa frente a la primera.

Expuso que ha pagado total y oportunamente las acreencias laborales; que la jornada de trabajo establecida reglamentariamente se encuentra ajustada a la ley; que tiene permiso para que sus trabajadores efectúen sus funciones en horas extras, y para su pago lleva un control riguroso, las que paga conforme se van causando.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes ni que los turnos se encuentran contempladas en el reglamento interno de trabajo; que según dicho reglamento se trabaja 176 horas durante cuatro semanas, lo que implica que se laboraba un máximo 44 horas a la semana, por lo que no se afectan los derechos mínimos de los trabajadores; y que no se encuentra acreditadas horas extras más allá de las dispuestas en el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva de trabajo, por demás que no se acreditó de manera concreta las horas extras laboradas.

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 grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de EMGESA S.A. E.S.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 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible acceder al reconocimiento de horas extras o compensatorios y, con ello ordenar su pago, así como el reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, primas convencionales, y aportes a seguridad social?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Horas Extras. Dominicales y Festivos.

Al respecto, sea lo primero advertir que el artículo 161 del C.S.T. establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas al día y 48 a la semana.

En el plenario se acreditó que el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido el 28 de septiembre de 1994 y que desempeña el cargo de Operador Central BRB en la unidad organizativa Operación Río Bogotá (fl.62 del archivo 01). Ahora bien, el ordinal 2.3. del artículo 8° del reglamento interno de trabajo establece que los trabajadores de las Centrales de Generación Hidráulica Río Bogotá, laboran la primera semana, 56 horas, la segunda, 60, la tercera, 52, y la cuarta, 8 (fls. 133 a 202 del archivo 01), es decir, un total de 176 horas que, distribuidas dentro de las cuatro semanas aludidas, en efecto se tiene un promedio diario de 44 horas, tal y como lo adujo el *A Quo*; sin embargo, CSJ Rad. 29588 del 20 febrero de 2008, reiterada en la CSJ SL2742-2019, que aunque el artículo 165 del C.S.T. brinda al empresario la posibilidad de flexibilizar la jornada de trabajo de modo que pueda implementar jornadas que superen las 8 horas diarias o las 48 horas semanales, sin que esto constituya trabajo suplementario, esto es posible siempre que al computar el tiempo total laborado durante un período máximo de tres semanas, este no rebase lo establecido en el artículo 161 *ejusdem*.

En ese orden de ideas, sería dable reconocer los periodos laborados de tres semanas en que se superaron las 48 horas semanas, sino fuera porque en juicio, no está suficientemente demostrado en qué periodos de tres semanas se trabajó por encima del promedio semanal de 48 horas, pues si se conoce la distribución de horas y del horario de trabajo del actor, se desconoce cuándo laboró más de tal promedio salarial, siendo necesario demostrarse fehacientemente durante qué semanas se laboró los tiempos aludidos en precedencia, para poder extraer con claridad cuáles son las horas extras que se deben reconocer; recuérdese que de conformidad con CSJ Rad. 31637 del 15 de julio de 2008, y CSJ SL3009-2017, las horas

extras, dominicales y festivos laborados, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Además, según CSJ SL8675-2017 *«No es posible [...], que deba ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una [...]»*.

En tales condiciones, no queda otro camino que CONFIRMAR la sentencia estudiada en grado jurisdiccional de consulta.

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 providencia proferida el 06 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00731 -01.

Demandante: **CARLOS FERNANDO CASAS RODRÍGUEZ.**

Demandado: **EMGESA S.A. E.S.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.

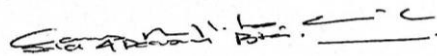
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00732 -01.

Demandante: **CARLOS MAURICIO PORRAS TIBATÁ.**

Demandado: **COMCEL 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **CARLOS MAURICIO PORRAS TIBATÁ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **COMCEL 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 a término indefinido del 20 de enero de 2004 al 22 de marzo de 2019; que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de su empleador; que ejerció las funciones de Gerente Técnico del 01 de abril de 2009 al 31 (sic) de junio de 2011 y, de Gerente de Planta del 01 de julio de 2011 al 22 de marzo de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa, y diferencias salariales y prestacionales.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar al servicio de la demandada a través de Cablecentro S.A. mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Líder Técnico II Gerencia Técnico; dicha empresa fue adquirida por Telmex S.A., que a su vez fue adquirido por COMCEL S.A.; **2)** El 01 de octubre de 2008 fue ascendido a Jefe Regional Red Unidireccional, no obstante mantuvo la misma asignación salarial; **3)** El 01 de enero, 01 de abril de 2009, 01 de enero de 2010, 01 de febrero, 01 de julio de 2011, 01 de agosto de 2015, 01 de diciembre de 2016, 01 de febrero, y 01 de abril de 2017, se presentaron ascensos a los cargos de Jefe O&M, Jefe Técnico, Jefe Aliados, Jefe Planeación y Desarrollo Aliados, Jefe de Estandarización y Desarrollo Aliados, Jefe Nacional Planta Externa, Jefe O&M Hfc, Jefe Integral Red Hfc, y Jefe Nacional de Planta Externa, respectivamente, sin embargo sus funciones, responsabilidades y tareas eran los mismos de aquellos que tenían la categoría de Gerente, quienes gozaba de una remuneración mayor; **4)** En múltiples comunicaciones se le identificaba como Gerente, así como era requerido bajo este cargo; **5)** Su última asignación salarial fue el salario mínimo integral; **6)** En enero de 2019 se encontraba en Estados Unidos disfrutando de vacaciones, periodo que finalizaba el 28 de enero del mismo año, sin embargo el 24 del mismo mes y año sufrió un accidente, “fractura de hueso piramidal de la muñeca derecha”, lo que se puso en conocimiento de recursos humanos sin respuesta alguna; **7)** Como consecuencia de lo anterior, debía permanecer en reposo, solicitó permanecer más días de vacaciones, lo que hizo a través de la plataforma “sucess factor”, asimismo, el 25 de febrero de 2019 solicitó cuatro días de licencia no remunerada; **8)** Durante el periodo de incapacidad mantuvo comunicación con el empleador, pero este nunca se pronunció frente a sus requerimientos; **9)** El 26 de febrero de 2019 se expidió citación a descargos, la que se aplazó por petición suya; **10)** El 05 de marzo de 2019, Colsanitas S.A. convalidó en Colombia su estado de incapacidad; **11)** El 06 de marzo de 2019, se celebró diligencia de descargos, y el 22 del mismo mes y año se comunicó la terminación del contrato de trabajo con fundamento en su inasistencia a laborar; **12)** El 25 de marzo de 2019 impugnó la decisión de su empleador, no obstante se resolvió desfavorablemente el 16 de abril del mismo año; y **13)** El 02 de mayo de 2019 se entregó liquidación final de prestaciones sociales, sin embargo,

puso de manifiesto los yerros en que se incurrió, no obstante, sólo se dio contestación parcial de tal pedimento.

2. Respuesta a la Demanda.

COMCEL S.A. (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de compensación y prescripción.

Aceptó la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido el 20 de enero de 2004 para que el actor desempeñara Ingeniero Líder Técnico II Gerencia Técnica; el desempeño del cargo de Jefe Regional Red Unidireccional hasta el 31 de enero de 2009; el desempeño del cargo de Jefe Nacional de Planta Externa al momento de su desvinculación; las vacaciones que gozó el actor en enero de 2019 en Estados Unidos; la citación a descargos del demandante, así como la terminación de su contrato de trabajo por su inasistencia a trabajar; la impugnación del actor, y su respuesta desfavorable; y la compra de Telmex S.A., que a su vez había adquirido a Cablecentro S.A.

Expuso que el demandante luego de sus vacaciones, las que se extendieron hasta el 25 de enero de 2019, debía regresar a trabajar, no obstante no retornó ni presentó ningún documento que justificara su inasistencia; que por lo anterior, el actor fue llamado a diligencia de descargos, no obstante, este no presentó ningún documento para justificar su inasistencia; y que el demandante siempre le pagó su remuneración conforme al cargo que desempeñaba, esto es, el de Jefe.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que el testimonio de Alfredo Castañeda y Nicolás Méndez no es dable descartarlo solamente por su calidad de trabajador de la demandada, más aún si se tiene en cuenta que no se avizora que tuvieran intención de llevar al Despacho a error; que no

existe controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales; que está demostrado el hecho del despido con la carta de terminación del contrato de trabajo, la que se fundamentó en su inasistencia a trabajar una vez finalizaron sus vacaciones ni contar con permiso para ausentarse, con lo que se afectó las operaciones de la empresa; que está demostrado que el demandante tenía vacaciones del 02 al 25 de enero de 2019, debiéndose reintegrar el 28 del mismo mes y año, lo que según el actor no pudo hacer pues estaba en Estados Unidos y sufrió una fractura de la mano que le imposibilitaba retornar; que en la historia clínica del hospital de Estados Unidos, se indicó que venía con problemas desde cuatro días atrás, 21 de enero de 2019, que presentaba fractura, que no era necesario seguimiento, y que tuvo un vendaje elástico; que la Dra Juana del Mar Medina de Colsanitas S.A. informó que la actora necesitaba terapia física y control de ortopedia y que su estado de salud hubiera generado una incapacidad de 30 días, quien ratificó el contenido de dicha certificación, aclarando que esta no se trataba de una incapacidad y que se basó en su historia clínica; que el actor acreditó remitir un correo electrónico a Angie Soto, no está demostrada la fecha de envío, por demás que sólo se manifestó que tenía una mano lastimada, pero no que tuviera algún tipo de incapacidad o que no pudiera regresar a Colombia; que se allega un documento que da cuenta que el actor solicitó vacaciones adicionales y una licencia no remunerada, no obstante, no contienen fecha de registro; que de los testigos es posible establecer que para cualquier ausencia era necesario allegar los documentos a través de la herramienta *sucess factor* o comunicarse con el superior inmediato o con el *bussiness partner*; que no se demostró que el médico en Estados Unidos hubiera ordenado una quietud de diez días, y si en gracia de discusión se hubiese dado tal término, el 02 de febrero de 2019 en todo caso debía retornar, haciéndose según el dicho del demandante sus peticiones hasta el 19-20 de febrero de 2019, por demás que fue este quien asumió que le habían sido reconocidas, no está demostrado la cantidad de días de vacaciones que tenía acumuladas, confesó que no consideró necesario allegar los documentos para justificar su ausencia, no cuenta con una incapacidad médica, la certificación de Juana del Mar Medina no se trata de un peritaje, y no se informó a su empleador si quiera cual era la situación familiar que necesitaba su atención; y que para que haya nivelación salarial es necesario acreditar con

quien se compara, o la existencia del escalafón, y el cargo, sin embargo, no obra prueba de las personas que hacían las funciones de Gerente ni que desarrollara las funciones de este, por el contrario la documental da cuenta que sus funciones fueron las propias del cargo de Jefe.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** adujo que si bien el documento expedido por la Dra. Juana del Mar Medina no se titula como incapacidad médica, sí certifica la situación del demandante en el exterior; que el actor no podía cargar las incapacidades, pues en Estados Unidos no expedía una incapacidad como lo sería en Colombia, por demás que la demandada no tenía un protocolo claro frente a los accidentes sufridos en el extranjero, pues el trabajador estaba en una situación invencible e impredecible; que los testigos fueron coincidentes en dar aviso a la señora Angie Soto, *Bussiness Partner* del actor, como se hizo; que los días de vacaciones del actor no se pueden desaparecer, por manera que si tenía a diciembre de 2018, 32.21 días de vacaciones pendientes, menos los 17 días que disfrutó, de ninguna manera podía dar los 9.63 que se pagaron en la liquidación; que los pantallazos aportados son de la plataforma *sucess factor*, pruebas que no fueron tachadas pero que ahora se pretende desestimar; que cómo premiar al empleador frente a dicha situación acaecida en el extranjero cuando se acepta que no contaban con un protocolo, sin ser requerido por su empleador; que la empresa casi tres meses después no había resuelto la solicitud de vacaciones, tienen el estado de pendiente, ellos mismos estaban transgrediendo los supuestos 15 días que tenían para resolver; que se perdieron casi 10 días de vacaciones y esto no se detectó, paralelamente se negaron y descontaron los días de vacaciones; que no existe fractura que no sea incapacitante; que la galena no podía expedir una incapacidad, pues el accidente había sufrido semanas atrás; que el actor le comunicó a Angie Soto su situación, y el empleador no efectuó ningún tipo de manifestación frente a esto; que las solicitudes de vacaciones del trabajador sí tenían fecha de radicación; que el demandante cambió constantemente de cargo, pero su salario no incrementó, pese a que sus funciones fueron las mismas de un Gerente; que a través de derecho petición solicitó su nivelación pero no fue

contestado, el cual fue evasivo; y que frente a dicha discriminación no se tuvo en cuenta las contradicciones en que incurrieron los testigos.

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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Está suficientemente acreditado la existencia de una justa causa para dar terminación al contrato de trabajo del actor? y, ¿hay lugar a nivelar el salario del actor para otorgarle el que le correspondía a un Gerente?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

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 entrabadas 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 el hecho del despido, pues en la carta de terminación del contrato de trabajo se puede avizorar que las razones por las cuales finiquitó COMCEL S.A. la relación del trabajador se fundamentó en que no se presentó a laborar sin autorización de la empresa y sin allegar justificación válida en los días 28 de enero al 01 de febrero, 04 al 08, 11 al 15, 18 a 22, y 25 de febrero de 2019; y que con lo anterior se incumplieron las obligaciones y deberes que tenía con la compañía, pues se actuó de forma insubordinada y desobligante (fls.65 a 69 del archivo 01)

Ahora bien, para acreditar la justa causa se allegó acta de diligencia de descargos, la que fue celebrada el 06 de marzo de 2019, y en la que el demandante tenía la obligación de cumplir un horario de trabajo, y que no trabajó durante los días que se aludieron, no obstante, justifica su conducta en los siguientes hechos: i) que el 25 de enero de 2019, se encontraba en Estados Unidos de vacaciones y, que luego de tener unos impases personales y físicos- fractura de la muñeca- remitió un correo electrónico a Nicolás Méndez, Iader Maldonado, y a Germán Bustos informando que sufrió una lesión de la mano derecha, que no podía mover la mano durante diez días, que debía mantener férula por cuatro semanas, que debía tener quietud por ese término y, que se ofreció a continuar sus labores desde casa por el pico de trabajo que tenían; ii) que pidió una licencia no remunerada, pues además de lo narrado su familia estaba en un proceso de asilo; iii) que nunca le gestionaron sus solicitudes y, que esta la montó en la herramienta dispuesta para esto; iv) que estaba impedido para viajar en virtud de la fractura que presentaba; v) que le pidió ayuda a Angy Soto quien nunca le respondió; vi) que en Estados Unidos no le impartían incapacidad, y únicamente establecieron unas recomendaciones; y vii) que goza de

certificación de médico en Colombia que establece que su diagnóstico era una incapacidad de 30 días (fls. 58 a 64 del archivo 01).

Pues bien, para acreditar tales justificaciones el trabajador allegó comunicación del 24 de enero (sic), en el que le hace una consulta a Angy Soto, señalando que estaba de vacaciones en Estados Unidos, que se cayó, que tenía lastimada la mano derecha, que estaba buscando atención médica, que tienen la póliza de la compañía, y que con quién podía hablar de ese tema pues necesitaba unas radiografías que equivalían a US4000 (fl.36 del archivo 01); por tanto, de tal consulta, lo único que se logra extraer con certeza es que se estaba solicitando una colaboración para cubrir económicamente la atención médica por el accidente que en su mano sufrió el demandante, aún no existía una situación debidamente incapacitante y que no le permitiera al demandante trabajar ni viajar a Colombia, pues ni siquiera se hace mención de la gravedad de la lesión.

Igualmente, se allega pantallazo de soporte de llamadas efectuadas a Angy Soto, no obstante, y como lo advirtiera la A Quo la hora y fecha de las mismas fueron escritas a mano, por lo que con ellas no se puede establecer con certeza la calenda en que se presentaron. Del mismo modo, se avizora un pantallazo de un correo electrónico que lo único que se avizora es una bandeja de entrada, pues ni siquiera se logra identificar plenamente si corresponde al demandante (fl.37 del archivo 01).

De igual manera, se allega un pantallazo de la herramienta *sucess factor*, la que según interrogatorio de parte de la demandada es el aplicativo para comunicar ausencias y anexar los documentos para justificarlas, en la que se avizora que el actor le fue aprobadas vacaciones del 02 al 25 de enero, y que estaban pendientes de aprobación las vacaciones del 30 y 31 de enero, del 01 al 25 de febrero, así como una licencia no remunerada del 26 de febrero al 01 de marzo; documento del que no se logra extraer en qué momento se hicieron los últimos dos pedimentos (fl.38 a 40 del archivo 01). Asimismo, obra correo electrónico del 01 de febrero de 2019 en el que el actor únicamente hizo alusión a errores en su pasivo vacacional, sin mencionarse su situación de salud (fl.41 del archivo 01).

Del mismo modo, sea allegó certificación expedida por la Dra. Juana del Mar Medina del 05 de marzo de 2019, en la que se detalla que el actor sufrió una fractura en el hueso piramidal y que ese diagnóstico hubiera significado 30 días de incapacidad de haberse presentando en Colombia, así como las terapias físicas que se realizaron con posterioridad (fls.51 a 55 del archivo 01). Además, obra traducción de la historia clínica del Hospital Santa Clara de los Estados Unidos en los que se avizora que el 25 de enero de 2019 ingresó a este hospital, que el demandante sufrió una caída que afectó su mano derecha, que llevaba cuatro días de evolución tal accidente, que presentaba una fractura de astilla triquetral, que no era necesario seguimiento, y que el plan de manejo médico era naproxeno de 55 mg, envoltura de ace dispensada, y derivación de orto por teléfono (archivo 13).

De esta manera, para la Sala es claro que el demandante ciertamente sí sufrió un accidente aproximadamente el 21 de enero de 2019 estando de vacaciones, no obstante, para entender que sus vacaciones podían suspenderse para reanudarse una vez se terminara la incapacidad era imperativo que se le prescribiera una incapacidad laboral; no obstante, al plenario no sólo no se allega incapacidad por el siniestro que el demandante tuvo en vacaciones sino que además de la historia clínica del Hospital Santa Clara de los Estados Unidos no se denota que se hubiera manifestado que el demandante debía permanecer un tiempo de diez días de quietud como lo manifestó en su diligencia de descargos.

Aunado a ello, se denota una comunicación insuficiente con su empleador respecto de su estado de salud para que este conociera a plenitud su situación y tomar las decisiones que mejor se acomodaran a sus intereses como a los del trabajador, pues como se dijo la consulta efectuada a Angy Soto constituye más un solicitud de permiso para verificar si podía acudir a la póliza de la compañía para que fuera sufragados sus gastos y en el correo electrónico del 01 de febrero de 2019 únicamente se hace alusión a errores en su pasivo vacacional, sin mencionarse su situación de salud (fl.41 del archivo 01).

Por otra parte, no desconoce la Sala que a juicio comparecieron en calidad de testigos Juan José Noel Barbosa y Andrés Castañeda, no

obstante, de sus declaraciones no se logra establecer que el empleador tuviera un conocimiento suficiente del porqué de la ausencia del trabajador, pues son coincidentes en que para cualquier ausencia se debía justificar esta en el aplicativo *sucess factor*, así como ponerse en contacto con el superior inmediato o con el jefe de recursos humanos o de salud ocupacional si es un accidente laboral, quienes podían realizar una verificación de su situación, y tomar una determinación al respecto; que el superior inmediato del actor era Nicolás Méndez; que las vacaciones se debían solicitar con 15 días de anterioridad; que habían sido capacitados en la herramienta *sucess factor* desde 2018; y que la *bussiness partner* del actor era Angy Soto, quien podía ser la encargada de seguir el estado de salud del actor, pero que no habían incapacidades registradas para que esta realizara un acompañamiento.

Así mismo, el testigo Nicolás Méndez, señaló que ciertamente era el jefe del demandante; que al actor se le otorgaron vacaciones a través de la herramienta *sucess factor*; que en ese tiempo tenían mucho trabajo y cuando llegó el momento de retorno de las vacaciones, el demandante no regresó sino 30 días después; que el actor no reportó nada a través de la herramienta; que no le aprobó al demandante un periodo adicional de vacaciones, se requería de su trabajo en la compañía; que las vacaciones deben ser aprobadas por mí con antelación; que el actor se comunicó con él, que tenía un tema de salud, y lo que le informó es que debía hacer uso del aplicativo; que lo que el demandante le comunicó fue que tenía un problema en una mano, un esguince y que eso no le permitía viajar, lo que le respondió era que debía subir la información al *sucess factor*, pero que no recibió nada sobre tal situación; y que no tuvo conocimiento de una licencia no remunerada, pues es tema de gestión humana.

En este punto, se esclarece que las declaraciones de los testigos se valoraron 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 encontrar que se hubiere incurrido en contradicción en sus declaraciones, así como tampoco se evidencian razones para no otorgarles credibilidad.

De esta manera, es claro que si bien el demandante tuvo comunicación con su superior jerárquico, que le comunicó el estado de su mano, este le manifestó que debía agotar el procedimiento respectivo para justificar tal situación, no obstante, y contrario a ello, como quedó visto el demandante lo que subió al aplicativo *sucess factor* fue unas solicitudes de vacaciones y de licencia no remunerada, con lo que no se entiende que justificó su situación de salud.

Al punto, vale aclarar que si bien del plenario se denota que el demandante tenía vacaciones acumuladas, lo cierto es que el artículo 187 del C.S.T. establece que estas son concedidas por el empleador sin que se perjudique el servicio o la efectividad del descanso, y debe darlas a conocer con 15 días de anticipación, por lo que, ciertamente las vacaciones son concertadas por el trabajador y el empleador, y era necesario la aprobación de este último. Frente a la licencia no remunerada, se rememora que el numeral 4° del artículo 51 *ejusdem* señala que el contrato se suspende por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador, por manera que también era necesario que el empleador autorizara el reconocimiento de tal licencia.

Así las cosas, aunado a que no existe que el demandante hubiera comunicado en debida forma la justificación del trabajador a laborar, también se evidencia que el demandante hizo unas solicitudes de vacaciones o licencias remuneradas que no fueron aprobadas por el empleador, por demás según lo dispuesto en el Manual Gestionar Permisos y Ausencias la licencia no remunerada es un permiso otorgado por el empleador, por lo que también necesitaba de la anuencia de este, así como también se hace alusión a que el tiempo para comunicar las vacaciones por parte del empleador era con 15 días de anticipación (fls. 93 a 122 del archivo 01).

Ahora y en cuanto a la certificación de la galena Juana del Mar Medina, quien además ratificó tal documento en juicio, señaló que para la fractura que presentaba el actor se necesitaba una inmovilización por 30 días, y que aclaró por petición del paciente que de haber el estado en Colombia se le hubiera dado una incapacidad de 30 días, a lo que accedió al leer la historia clínica del paciente; documento que a juicio de la Sala no

se trata de una incapacidad y si bien permite extraer por la fractura que tuvo el actor en Colombia hubiera tenido una incapacidad de 30 días, lo cierto es que las incapacidades se realizan sobre hechos actuales y para lograr la recuperación efectiva de una persona, motivo por el cual se puede expedir prorrogas, no obstante, tal certificación hace alusión a un hecho pasado que no fue conocimiento directo de la galena, estando está imposibilitada de transcribir, pues el médico de Estados Unidos en ningún momento hizo alusión a algún tiempo de incapacidad, o de situación que se pudiera equiparar, como lo es un tiempo de quietud.

Así mismo, no entiende la Sala cómo el trabajador sólo acudió a cita médica el 05 de marzo de 2019, cuando según su propio dicho el médico que lo trató en Estados Unidos únicamente le manifestó un periodo de quietud de diez días, los que vencían el 04 de febrero de 2019, por lo que, en tal sentido debió retornar a más tardar el 05 de febrero de 2019, no obstante, su retorno se hizo un mes después.

Por tanto, la Sala no encuentra argumentos suficientes para justificar la ausencia del trabajador durante los días que le imputa su empleador, por demás que la situación familiar que adujo -asilo de su esposa e hijos-, tampoco se encuentra que se hubiera comunicado en debida forma al empleador, y que este hubiera autorizado su ausencia por tal situación.

En consecuencia, se considera que el despido se encuentra justificado, pues con la ausencia estudiada es claro que el demandante incumplió gravemente sus obligaciones laborales, máxime si se tiene en cuenta que según lo expuesto por el mismo demandante, durante el periodo que gozo de vacaciones había un pico laboral alto. En consecuencia, se confirmará la sentencia en este sentido.

Nivelación Salarial.

Al respecto, sea lo primero indicar que el principio “*a trabajo igual, salario igual*” no es absoluto ni de aplicación literal e inexorable, sino que exige que el puesto desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad

plenamente demostradas o fundadas en razones de **capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra**, tal y como lo consagra el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, en armonía con el 143 del C.S.T.

Así mismo, CSJ Rad.23148 del 24 de mayo de 2005, reiterada en CSJ Rad. 33673 y 46853 del 18 de mayo de 2009 y el 06 de mayo de 2015, respectivamente, entendió que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en **razones objetivas**, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.

De igual manera, y cuando una empresa o entidad goza dentro de su plante interna de un escalafón, se hace necesario rememorar que CSJ Rad. 38662 del 10 mayo de 2011 reiterada en la CSJ SL5642-2018 se señaló que basta demostrar que cumplía las funciones inherentes a esos cargos y, que la remuneración devengada no correspondía a la que se tenía establecida por la empresa.

Así las cosas, el trabajador demandante podía compararse con compañero (s) que desempeñaran el puesto que se compara para lo cual debía demostrar que tenía la misma jornada y las circunstancias de eficiencia, así como que tenía igual capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra; o alegar que cumplía las funciones conforme al escalafón de la empresa.

En el sub lite, se avizora que el actor solicita sea equiparado a los cargos de Gerente de O&M, Técnico, Aliados, Planeación y Desarrollo Aliados, Estandarización y Desarrollo Aliados, Nacional Planta Externa, O&M Hfc, e Integral Red Hfc; no obstante, no obra prueba alguna de que desempeñaba tales cargos como Gerente o que cumpliera las funciones inherentes a dicho cargo, pues por el contrario siempre ostentó el cargo de Jefe (fls. 79 a 86 del archivo 01), y el testigo Nicolás Méndez comparecientes fueron claros en manifestar que las responsabilidades propias del actor eran

las de un Jefe y no las de un Gerente, pues este tenía atribuciones intermedias entre un Director y un Jefe, por lo que tenía más poder y más direccionamiento en las decisiones estratégicas, lo que no logró demostrar el demandante que él también tuviera.

Así mismo, se avizora que si bien el demandante solicitó su nivelación al cargo de Gerente el 10 de marzo de 2016 y el 11 de diciembre de 2017 y que se elevó derecho de petición el 10 de abril de 2019 (fls. 32 a 35 y 72 a 74 del archivo 01), no se encuentra que el demandante hubiera solicitado la estructura jerárquica de la empresa o de un escalafón, lo único que se avizora es que pidió se le informara si desempeñó funciones de Gerente de Planta Externa, las diferencias con este cargo, y las funciones que se desarrollaban como Jefe y Gerente de Planta de Externa, a lo que se dio respuesta el 05 de agosto de 2019 informándose que el cargo de Gerente de Planta Externa no existía dentro de la entidad (fls.96 del archivo 01).

En tales condiciones, le correspondía al demandante además de acreditar la existencia de los cargos de Gerente de O&M, Técnico, Aliados, Planeación y Desarrollo Aliados, Estandarización y Desarrollo Aliados, Nacional Planta Externa, y O&M Hfc, Integral Red Hfc, demostrar que realizó las funciones inherentes a estos, lo que como quedó visto, brilla por su ausencia, pues no se tiene ni siquiera certeza de cuáles eran las actividades que desarrollaban estos, y frente al único que el actor elevó derecho de petición, esto es, frente al Gerente de Planta Externa, la demandada fue clara en señalar que dicho cargo no existía. Asimismo, no se avizora que el demandante hubiera solicitado como prueba dichos documentos a través de una exhibición de documentos o que hubiera solicitado que se diera contestación a su derecho de petición según las voces del artículo 173 del C.G.P.

Así las cosas, observa la Sala que existe insuficiencia probatoria de la parte actora para acreditar que desempeñaba funciones de Gerente que alude el actor en su demanda, ya fuera a través de la comparación con otros trabajadores o por ejecutar actividades inherentes a tal cargo, por lo que en tales condiciones, no queda otro camino que confirmar la sentencia en tal sentido.

Finalmente, y como no fue objeto de petición vacaciones acumuladas que no hubieren sido objeto de pago por parte de la demandada, la Sala se abstendrá de manifestar si había lugar a su reconocimiento, pues se carece de facultades ultra y extra petita, pues estas facultades se delegaron únicamente 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).

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 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00732 -01.

Demandante: **CARLOS MAURICIO PORRAS TIBATÁ.**

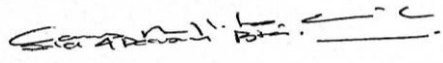
Demandado: **COMCEL S.A.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la parte actora como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00799 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ PEDRAZA.**

Demandado: **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

AUTO

ACEPTAR la renuncia de poder elevada por el apoderado de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., Dra. Daniela Amezcuita Vargas identificada con la C.C. No 1.070.613.799 de Girardot-Cundinamarca T.P. No. 319.924 del C.S. de la j, 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 **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ PEDRAZA** adelanta contra la recurrente.

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 prestación de servicios del 01 de julio al 30 de septiembre de 2018 y, que la relación laboral terminó de forma

unilateral. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de los honorarios por el tiempo que prestó sus servicios, el valor de la cláusula penal, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Celebró un contrato de prestación de servicios con la demandada el 01 de julio de 2018 para desempeñar el oficio de Anestesióloga; **2)** Se pactó la suma de \$70.000 por hora; **3)** Prestaba sus servicios de manera personal, bajo las instrucciones de la demandada y cumpliendo el horario señalado; **4)** El 30 de septiembre de 2018 se informó la terminación del contrato de forma unilateral, sin que a la fecha le hubieran pagado sus honorarios; y **5)** En la cláusula penal está estipulado que en caso de incumplimiento se debe pagar el 10% de lo estipulado en el contrato.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. (fls. 40 a 49 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la celebración de un contrato de prestación de servicios, funciones y extremos temporales.

Expuso que el actor prestó sus servicios a la Clínica Los Fundadores de propiedad de Médicos Asociados S.A., quien no cumplió sus compromisos contractuales, por lo que los dineros a favor del actor se encuentran retenidos por tal empresa; y que por lo anterior, dicha empresa debe responder en solidaridad de las condenas que se le puedan llegar a imponer.

2.2. Llamamiento en Garantía.

CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. llamó en garantía a **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00799 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ PEDRAZA.**

Demandado: **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**

demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que en la demanda en ningún momento se hace mención de ella; que quien contrató a la demandante fue CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.; y que su objeto social ni siquiera converge con el de tal centro.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del actor la suma de \$23.520.000 por concepto de honorarios profesionales.

SEGUNDO: CONDENAR a CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del demandante, la suma de \$2.350.000 por concepto de cláusula penal.

TERCERO: CONDENAR a CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del demandante, por concepto de intereses moratorios, la cantidad que corresponda a una tasa del 6% anual, en los términos del artículo 1617 del Código Civil, intereses moratorios que se causan sobre los honorarios profesionales reconocidos en el numeral primero, a partir de la ejecutoria de la presente decisión y hasta la fecha en que se realice el pago respectivo.

CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MÉDICOS ASOCIADOS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, responsabilidad solidaria de MÉDICOS ASOCIADOS S.A. y buena fe como exonerante del pago de sanciones moratorias propuestas por CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN, PROBADA la de inexistencia de solidaridad invocada por MÉDICOS ASOCIADOS S.A., y se releva el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos invocados.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A., liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes y sus extremos temporales; que le correspondía a la demandada demostrar el pago de los honorarios, no obstante, esto no se demostró; que en ningún momento la demandada impugnó la gestión realizada por el demandante ni puso en controversia las horas que este laboró, por demás que aceptó el monto exigido en la contestación de la demanda; que hay lugar

a reconocer cláusula penal, pues además que se tiene competencia para su pago, corresponde al 10% del valor del contrato; que se deben pagar intereses moratorios por mandato legal; y que no es dable considerar que hay lugar a imponer condena MÉDICOS ASOCIADOS S.A., puesto que el artículo 34 del C.S.T. se hace referencia a la solidaridad frente a un contrato de trabajo; y que no ocurrieron tres años entre la exigibilidad del derecho y la demanda, por lo que no operó prescripción.

4. Argumentos de la Recurrente.

CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. adujo que se debe tener en cuenta la solidaridad alegada, pues el único beneficiario de los servicios del actor fue MÉDICOS ASOCIADOS S.A., incluso de forma dineraria; y que el artículo 34 del C.S.T. también aplica para contratistas independientes, por lo que es dable extender la condena a tal enjuiciada.

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 la parte actora y de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA 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:

¿Es dable tener como responsable en solidaridad a MÉDICOS ASOCIADOS S.A. de la condena impuesta a CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Honorarios. Solidaridad.

Los contratos de prestación de servicios son relaciones contractuales eminentemente civiles o comerciales por disposición expresa del legislador; no obstante, y aunque su retribución se pacte bajo la forma de un contrato comercial o civil, tiene su fuente en el trabajo humano, por lo que es en tal sentido que la jurisdicción del trabajo puede abordar su conocimiento (CSJ SL2385-2018).

Ahora bien, los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C. (CSJ SC Exp. 11001310304320060078201 del 10 de abril de 2013, CSJ SC Exp. 4512 del 17 de mayo de 1995).

Así mismo, dicha noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, deben aplicase en armonía con el artículo 1618 del C.C., de manera que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (CSJ SC 28 de junio de 1989 reiterada CSJ SC del 07 de febrero de 2008 y 30 de agosto de 2011, Ref: 2001-06915-01 y 11001-3103-012-1999-01957-01, respectivamente).

En el asunto en concreto, a folios 7 a 10 del archivo 01 se avizora el contrato de prestación de servicios que el actor celebró con CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. en el que se comprometió a prestar su servicios en el área de anestesia de acuerdo a los servicios contratados por el aludido centro, por lo que, no se avizora que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad hubieren establecido algún tipo de responsabilidad a cargo de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., en la que esta de igual manera hubiera estado de acuerdo.

Por otra parte, el apoderado de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. señala que es aplicable la solidaridad de que trata el artículo 34 del C.S.T., la que establece dos supuestos: i) son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva; el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores; y ii) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

En ese orden de ideas, la norma en mención claramente está referida a relaciones laborales en el caso que un contratista independiente contrata los servicios la ejecución de obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, caso en el cual el beneficiario de tales obras deberá responder en solidaridad a menos que las labores que se ejecutan le sean extrañas, por manera que la situación fáctica del asunto no se enmarca dentro de los supuestos de la norma aludida, pues como quedó visto no se está frente a un contrato laboral sino de prestación de servicios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00799 -01.

Demandante: **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ PEDRAZA.**

Demandado: **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**

Por las anteriores razones y, no siendo otro los motivos de inconformidad de la demandada, no queda otro camino que CONFIRMAR la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA 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. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00799 -01.
Demandante: **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ PEDRAZA.**
Demandado: **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. como agencias en derecho la suma de \$300.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00157 -01.

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de noviembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MERCEDES SABOGAL GARZÓN** adelanta contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

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 valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, y bonos pensionales.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivos 05) se opuso a las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, mediante auto del 26 de julio de 2022 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (archivo 13).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la actora con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 14 de marzo de 2003.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones integralmente efectuadas y recibidas, respecto de la demandante, con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

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

(Valor de cada cotización recibida por la AFP)

INDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico la cotización integral correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la A.F.P. PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro, los mismos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES expuso que la demandante está válidamente afiliada al R.A.I.S. pues ha realizado aportes por más de 19 años en este régimen; que cuando la actora solicitó su traslado estaba inmersa en una prohibición legal de traslado; que debe tenerse en cuenta que la afiliación de régimen, se hizo de buena fe, debiéndose desvirtuar tal principio; que la afiliación general obligaciones recíprocas a las partes, por lo que la demandante debía como consumidor financiero de informarse de forma autónoma; que a partir de la suscripción del formulario de afiliación, el actor aceptó las condiciones de este régimen, lo que se corrobora con su permanencia; y que la falta de fidelidad del sistema genera una afectación de este.

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 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

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 01 de enero de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 52 a 59 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 2003 (fl.34 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.

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 34 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de marzo de 2003 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

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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 Garzón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (14 de marzo 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 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 PORVENIR S.A. informó que tendría la posibilidad de alcanzar dos pensiones, una, con tal fondo, y otra, con su empleador y de tipo convencional; 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.

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.

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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 COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se deben aportes pensionales debidamente indexados, también se debe devolver bonos pensionales, rendimientos, comisiones, gastos de administración, capital destinado a seguros previsionales y 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

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver además de los aportes pensionales indexados, **bonos pensionales, rendimientos, comisiones, gastos de administración, capital destinado a seguros previsionales y 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00157 -01.

Demandante: **MERCEDES SABOGAL GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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.

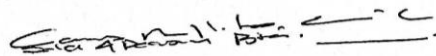
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00202 -01.

Demandante: **SANDRA ESPERANZA SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

AUTO

ACEPTAR la renuncia de poder elevada por el apoderado de **ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ**, Dra. Marcela Ayala Balaguera identificada con la C.C. No 1.022.941.139 de Bogotá, T.P. No. 192.348 del C.S. de la j, 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 **ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SANDRA ESPERANZA SUÁREZ ARIAS** adelanta contra la recurrente.

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 a término indefinido del 10 de septiembre de 2011 al 01 de mayo de 2020; y que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de su empleador.

Demandante: **SANDRA ESPERANZA SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ.**

Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, horas extras y nocturnas, dominicales, aportes a seguridad social integral, indemnización moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Empezó a laborar al servicio de la demandada en la Granja del Sur, el 10 de septiembre de 2011, desempeñando el cargo de oficios varios, realizando actividades como, venta de productos, cajera, encargada de surtir el negocio y aseo, entre otras; **2)** En 2011 y 2012 devengaba \$18.000 diarios; de 2013 a 2016, \$25.000 diarios; en 2017, \$30.000 diarios; y de 2018 a 2020, \$35.000 diarios; **3)** Cumplía horario de trabajo así: 2011 y 2012 de 8:00 A.M. a 8:00 P.M. de domingo a domingo; 2013 a 2016, de 8:00 A.M. a 9:30 P.M. de domingo a domingo; 2017, 8:00 A.M. a 10:30 P.M. de domingo a domingo; y 2018 a 2020, de 8:00 A.M. a 11:00 P.M. de domingo a domingo; sólo podía descansar dos días al mes; **4)** Se encontraba subordinada, y prestaba sus servicios de manera personal; **5)** El 01 de mayo de 2020 se dio por terminado su contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa; y **6)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende ni fue afiliada a seguridad social, así como tampoco le fue suministrada dotación.

2. Respuesta a la Demanda.

ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ (archivo 44), contestó a través de Curador Ad Litem, quien señaló que no le constan los hechos y que las pretensiones de la demanda se debía demostrar. Propuso las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Expuso que no existe prueba de la que se pueda colegir fehacientemente una relación laboral entre las partes.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Demandante: **SANDRA ESPERANZA SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ.**

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 10 de septiembre de 2011 al 30 de abril de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ a pagar a favor SANDRA ESPERANZA SUÁREZ ARIAS, las siguientes sumas de dinero:

- 2.1. \$ 6'350.556 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- 2.2. \$ 6'744.732,78 por concepto de CESANTÍAS
- 2.3. \$ 277.123,21 Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS
- 2.4. \$30'379.890,90 por concepto de sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo.
- 2.5. \$ 2'659.360,08 por concepto de PRIMA DE SERVICIOS
- 2.6. \$ 1'623.225,06 por concepto de VACACIONES

TERCERO: ABSOLVER a la demandada del pago de trabajo suplementario y dominical solicitado.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada del pago de dotación de calzado y vestido.

QUINTO: CONDENAR a ESTHER SOL RODRIGUEZ PELAEZ, a pagar a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante, el monto determinado por esta, correspondiente al cálculo actuarial por los aportes pensionales de la actora por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2011 al 30 de abril de 2020 con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente por los años de 2011 a 2018 y los años de 2019 y 2020 con un IBL de \$1.050.000.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones.

OCTAVO: ABSOLVER de costas en esta instancia a ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ conforme al amparo de pobreza concedido.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditada que la demandada era la dueña del establecimiento de comercio la Granja del Sur; que se acreditó a través de una certificación y de los testimonios, de la que se logra determinar la prestación de servicio de la demandante a favor de la demandada; que no se observa que los testigos declarantes deban ser desestimados, pues resultan creíbles en cuanto a la prestación del servicio de la actora; que no se desvirtuó el elemento de la subordinación ni la certificación; que se tomará el salario mínimo al no existir prueba, con excepción de 2019 y 2020, pues se certificó que era por valor de \$1'050.000; que hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, puesto no se demostró la justa causa; que no se demostró de forma fehaciente el tiempo que se laboró como suplementario, siendo insuficientes para tal efecto los testimonios recepcionados; que no obra prueba del pago de prestaciones sociales, vacaciones ni aportes a pensión, por lo que hay lugar a su condena; que no opera prescripción frente a cesantías, pues estas se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, no siendo así con las demás prestaciones sociales, vacaciones y sanción por no consignación de las

cesantías, pues se demandó el 13 de julio de 2020, por lo que se extinguieron los del mismo día y mes de 2017; que no es dable reconocer dotación, pues al punto se debió acreditar los perjuicios causados por su falta de pago, lo que no se demostró; que no se demuestra el pago que la demandante debió sufragar por salud, riesgos laborales y caja de compensación familiar, por manera que no procede su pago; y que no se imponen sanciones moratorias, ya que, no hubo una vinculación afectiva entre las partes, y entre ellas se entendió que se hizo esta contratación en virtud de la confianza que emanaba de la misma.

4. Argumentos de la Recurrente.

ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ adujo que no se acreditó la relación laboral, pues si bien existe una certificación obrante en el expediente, del interrogatorio de parte se desprende que se expidió para que accediera a un crédito laboral; que de los testimonios no es dable extraer los extremos temporales, además estos no tenían una percepción directa de los hechos, por lo que no podían dar cuenta de la prestación de servicios, subordinación, y salario, por demás que era esta quien establecía su horario y los momentos en que prestaría su servicio; que la relación de ellas era más familiar y afectiva que laboral, debiéndose ver tal aspecto, debiéndose revocar la condena; y que en el plenario se acreditó que fue la actora fue quien decidió desvincularse, por lo que no habría lugar a indemnización por despido sin justa causa.

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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Está suficientemente acreditado la existencia de un contrato de trabajo entre las partes? y, ¿hay lugar a indemnización por despido sin justa causa?

Tesis

Revocar parcialmente 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 que a folios 4 del archivo 02 la demandada expidió constancia el 12 de julio de 2019 en la que manifestó que la demandante trabajaba en la Avícola Granja del Sur en oficios varios desde el 10 de septiembre de 2011, devengando un ingreso mensual de \$1'050.000. Igualmente, a folio 5 del archivo 02 obra constancia del 03 de abril de 2020 en la que se alude que la demandante le pagó el sueldo de dicho mes, y que la demandante se retiraba por voluntad.

Al respecto, se rememora que frente a las certificaciones emitidas por el empleador, en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 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.

No obstante, la Sala no avizora prueba alguna que permita establecer que se desvirtuó lo consignado en las aludidas certificaciones, pues por el contrario de los testigos comparecientes, Elsy Arias Bernal e Ivette Dinery Suárez, hicieron alusión a una prestación del servicio por nueve o diez años aproximadamente, el cumplimiento de un horario, la impartición de órdenes por parte de la demandada a la actora, las funciones de la actora picar pollo arreglar neveras, atender personas, hacer el aseo-, la calidad de dueña de

la demandante del establecimiento de comercio donde la demandante prestaba sus servicios; testigos que se estudiaron 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 encontrarse contradicción en sus dichos ni razones para restarles credibilidad.

En tales condiciones, la Sala no tiene certeza que las certificaciones emitidas por la demandada no tengan veracidad o que no haya asumo de duda en cuanto a que la información que contienen sea contraria a la realidad, por el contrario, y como quedo visto estas guardan coherencia con expuesto por lo testigos comparecientes al plenario, por lo que, en tal sentido, no es dable considerar que con ellas se faltó a la verdad, máxime si se tiene en cuenta que no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad, tal y como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, considera la Sala que está suficientemente acreditado la prestación del servicio de la demandante a favor de la demandada, por lo que es dable predicar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada del 10 de septiembre de 2011 al 30 de abril de 2020- última fecha en la que se efectuó un pago- , por lo que se confirmará 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.

En el caso, se demostró que el contrato de trabajo se extendió por lo menos hasta el 30 de abril de 2020 según constancia obrante a folio 5 del archivo 02, sin embargo, en esta se hace alusión a que la demandante se retiró voluntariamente, por lo que resulta insuficiente para establecer que fue despedida por el empleador; por otra parte, Ivette Dinery Suárez señaló que desconocía las razones del finiquito contractual, Elsy Arias Bernal señaló que a la actora se le terminó el contrato de trabajo por presentar un dolor en el brazo, y la demandante en interrogatorio de parte expuso que fue despedida porque mezcló asuntos personales con asuntos laborales, pues entre ellas tenían una relación sentimental; de modo que, en tales condiciones la Sala desconoce cuáles fueron las razones que dieron lugar a que se terminara el contrato de trabajo, por lo que no es dable entender que se demostró el hecho del despido.

En consecuencia, se **REVOCARÁ el ordinal 2.1. del numeral segundo** de la sentencia, y en su lugar se ABSOLVERÁ a la demandada de la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

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 el ordinal 2.1. del numeral segundo** de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a ESTHER SOL RODRÍGUEZ

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00202 -01.

Demandante: **SANDRA ESPERANZA SUÁREZ ARIAS.**

Demandado: **ESTHER SOL RODRÍGUEZ PELÁEZ.**

PELÁEZ del reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

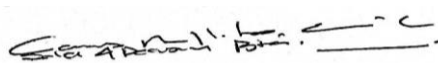
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00245 -01.

Demandante: **LUZ AURORA CHACÓN FERNÁNDEZ.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **LUZ AURORA CHACÓN FERNÁNDEZ** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 07 de diciembre de 2021, en proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende una pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente, desde a partir del fallecimiento de José David Sáenz Gordillo, mesadas adicionales, intereses moratorios o en subsidio indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Mediante Resolución 021417 del 24 de octubre de 2000, el I.S.S. le reconoció pensión de vejez a José David Sáenz Gordillo era pensionado del I.S.S.; **2)** Convivió en unión marital de hecho con el señor Sáenz Gordillo desde el 11 de enero de 1994 hasta el fallecimiento de este, lo que acaeció el 27 de abril de 2004; relación en la que nació Rudki Sáenz Chacón; **3)**

Demandante: **LUZ AURORA CHACÓN FERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

falleció el señor Sáenz Gordillo; **4)** Previo a empezar su convivencia, el causante vivió con María Teresa Acevedo de Sáenz, quien falleció el 26 de febrero de 2005; **5)** Presentó reclamación pensional en octubre de 2005, y ante la falta de respuesta interpuso los recursos de reposición y apelación; reiteró su petición el 19 de marzo de 2009; **6)** Impetró acción de tutela para lograr respuesta a sus solicitudes; **7)** Mediante Resolución 042093 del 10 de septiembre de 2009 se reconoció pensión de sobrevivientes a Rudki Sáenz Chacón en un 50% desde el 27 de abril de 2004 hasta el 25 de febrero de 2005, acrecentándose su prestación en un 100% a partir de este día; acto administrativo en el que no se dijo nada acerca de su situación pensional; y **8)** Presentó nueva reclamación administrativa, empero, no se ha emitido respuesta.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que no se encuentra acreditado la calidad de beneficiaria de la demandante, pues no se evidencia que se probó una convivencia de cinco años con el causante antes de su deceso; y que hasta tanto no se demuestre que es beneficiaria de la pensión del causante, la prestación debe entenderse en suspenso, pues esta fue reconocida a la señora María Teresa Acevedo de Sáenz.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que le correspondía a la demandante acreditar la convivencia durante cinco años anteriores al fallecimiento del causante, no obstante, de los testigos comparecientes a juicio únicamente es dable establecer dicha convivencia, pues las visitas de la señora Edilma Pulido sólo se presentaron en dos ocasiones, y el señor Luis Eduardo López nunca los visitó; y que aunado a la anterior el I.S.S.

reconoció la prestación a la cónyuge del causante, María Teresa Acevedo de Sáenz, hasta que esta falleció, sin que en tal momento se hubiera presentado controversia con terceros, con lo que ni siquiera se puede establecer una convivencia simultánea ni cuando hubo separación de hecho con la demandante.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que no existe ninguna prueba de la que se pueda desprender la convivencia con la señora María Teresa Acevedo de Sáenz, sólo el matrimonio que tuvo con el causante; que se allegaron declaraciones extraprocesales que dan cuenta de la convivencia de la demandante, en las que se establece que fue por más de cinco años, además los testigos dan cuenta de esta convivencia que si bien no era recurrente sus visitas, conocían de relación sentimental; y que lo que siempre se ha afirmado es que la única convivencia que existió fue la de la demandante.

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 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:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la actora como consecuencia del fallecimiento de José David Sáenz Gordillo?

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 José David Sáenz Gordillo- 26 de febrero de 2005- (fl. 14 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.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Sáenz Gordillo falleció ostentando el estatus de pensionado (Resolución 021417 del 24 de octubre de 2000 según folio 158 del archivo 13), y que LUZ AURORA CHACÓN FERNÁNDEZ alega la calidad de compañera permanente, por lo que debía acreditarse por lo menos cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Al punto, se encuentra en la prueba documental, que declararon ante Notario Público, Pedro Ignacio Pulido Moreno y Mónica Liliana Sánchez Cárdenas, quienes afirmaron que la actora y el causante convivieron desde el 11 de enero de 1994 y hasta el día del fallecimiento, que no se separaron, y que la demandante dependía económicamente del causante (fl. 153 del archivo 13). 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, pueden ser objeto de valoración probatoria por parte de esta corporación.

Igualmente, comparecieron en calidad de testigos Edilma Pulido y Luis Eduardo López, quienes dieron cuenta que la demandante inició una relación sentimental con el causante entre 1990 y 1992, que esta quedó en estado de embarazo al poco tiempo de estar viviendo con él, y que desconocen si el causante tenía otro vínculo sentimental; asimismo, la primera apenas visitó el hogar del demandante y de la causante dos veces, y el segundo, nunca lo visitó.

Así las cosas, para la Sala no se encuentra demostrado fehacientemente la convivencia de cinco años de que trata el artículo 47 de

la Ley 100 de 1993, pues si bien en las declaraciones extraprocesales se hace alusión a una convivencia desde el 11 de enero de 1994 hasta el día del fallecimiento, y que no hubo ningún tipo de separación, se desconoce las razones de tales dichos, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar por la que le consta tales manifestaciones, lo que no permitiría establecer fehacientemente que conocían el núcleo familiar conformado por la demandante y el causante; mismas razones por las que los testigos también resultan insuficientes para acreditar la convivencia que se deprecia, pues ciertamente sus declaraciones además de ser genéricas, el conocimiento que tenían acerca del techo, lecho y mesa de la pareja es insuficiente, nótese las pocas veces que fueron a la casa de estos, y no son certeros frente a cómo se presentó tal convivencia en los últimos cinco años de vida del causante.

Aunado a ello, encuentra la Sala que la pensión que le fue reconocida al causante fue de invalidez, y que según Medicina Laboral del I.S.S. esta fue con ocasión a que desde julio de 1990 sufrió un accidente cerebro vascular supratentorial trombotico derecho, lo que se replicó en noviembre de 1997 pero esta vez de tipo hemorrágico con edema cerebral y efecto de masa temporo-parietal izquierda, accidente inicial que fue precisamente fueron lo que le generaron un P.C.L. del 75% bajo el diagnóstico de “secuelas severas de accidentes cerebro vasculares” con fecha de estructuración 21 de julio de 1990 (fls. 158, 177 y 178 del archivo 13); aspectos que no fueron objeto de mención por parte de los testigos ni por los declarantes, el testigo Luis Eduardo López únicamente se limitó a señalar que el padecía de una enfermedad desde seis o siete años atrás, y en interrogatorio de parte, la demandante sólo dijo que el causante falleció de una trombosis, que él era muy “gordito”, y que sólo enfermó a los cinco o seis años de estar conviviendo con él, esto es, entre 1999 y el 2000, lo que no se acompasa con la situación de salud que se avizora padecía el señor Sáenz Gordillo desde 1990 ni mucho menos con la situación que tuvo que afrontar en noviembre de 1997.

En tales condiciones, no queda otro camino que CONFIRMAR la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00245 -01.

Demandante: **LUZ AURORA CHACÓN FERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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 07 de diciembre de 2021 por parte del Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

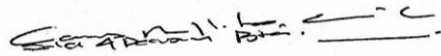
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00245 -01.

Demandante: **LUZ AURORA CHACÓN FERNÁNDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**



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 05-015-2020-00313 -01.

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

AUTO

NO ACEPTAR la renuncia de poder elevada el 19 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.

RECONOCER personería adjetiva para actuar a la Dra. Erika Fernanda Abad Álvarez identificada con C.C. 1'117.533.014 de Florencia y T.P. 309.922 como apoderada sustituta de COLPENSIONES, por encontrarse esta conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P. Asimismo se **ACEPTA** la renuncia de poder elevada el 09 de agosto de 2023 por dicha apoderada como sustituta de COLPENSIONES, por encontrarse esta conforme a lo preceptuado en el artículo 76 del C.G.P.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO** y **COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 25 de octubre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

ordinario laboral que adelanta el primer recurrente contra **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** el segundo recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia o en subsidio, 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. y luego, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a COLPENSIONES a aceptar al demandante; que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los valores que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con los intereses, sumas adicionales, y rendimientos sin descontar sumas por concepto de gastos de administración; así como se proceda la corrección e imputación de los tiempos de la historia laboral.

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. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (archivos 13, 15 y 19) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

2.2. Llamamiento en Garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 20), 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 38).

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al R.A.I.S. a través de A.F.P. PORVENIR y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a PORVENIR S.A. donde actualmente se encuentra afiliada la demandante traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos financieros y bono pensional si ya se encuentra acreditado a COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la actora 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 al R.A.I.S., dada la consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: ABSOLVER a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y frente a las mismas declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS, ni en favor ni en contra de ninguna de las partes.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** manifestó que se debe condenar a las demandadas a gastos de administración y rendimientos, pues si existe ineficacia conforme a la jurisprudencia, el actor jurídico nació muerto, y por ende se deben devolver; y que las demandadas se opusieron, por lo que se debe imponer condena en costas.

Finalmente, **COLPENSIONES** expresó que la actora sí tenía conocimiento de las consecuencias de su traslado, además al permanecer en el R.A.I.S. configura actos de relacionamiento y su decisión fue libre y voluntaria; y que la ineficacia genera la devolución de todos los rubros que recibieron los fondos privados.

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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A., COLPENSIONES y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS 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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la A.F.P. PORVENIR S.A. así como los traslados posteriores que efectuó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Revocar parcialmente y 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

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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 21 de diciembre de 1982 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en el expediente administrativo visible en el archivo 16; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensionar hoy PORVENIR S.A. el 03 de marzo de 1999 (fl.60 del archivo 15).

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 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 ineficacia; 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 ineficacia del traslado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 60 del archivo 15 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 03 de marzo 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 la señora Patiño Melo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (03 de marzo 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 otro medio probatorio, dado que no fue posible indagar a la actora de las condiciones de su traslado por su estado de salud mental, por lo que en tal escenario 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 al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 27 de febrero de 2001 (fl.15 del archivo 01), y luego, a PORVENIR S.A. el 27 de marzo de 2012, es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía este último fondo 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).

Igualmente, se advierte que el interrogatorio de la 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.

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

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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 PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos financieros, y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, lo dicho también implica que le correspondía a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados, por lo que se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia en cuanto se absolvió a tal fondo de las pretensiones incoadas en su contra, y en su lugar se establecerá tal condena.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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).

Llamamiento en Garantía.

Al respecto, y dado que se impuso condena a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., encuentra la Sala, revisado el plenario que a folios 6 a 11 del archivo 20, obran pólizas Nos. 92014070000002 y 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 FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por lo que no hay lugar a imponer ningún tipo de condena a tal llamada en garantía.

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

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, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se considera que es dable que tales entidades asuman tal carga, por lo que se REVOCARÁ el numeral tercero, y se establecerá tal condena.

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 primero** 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 financieros, y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia en cuanto se absolvió a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** de las pretensiones incoadas

Demandante: **MARÍA CLAUDIA PATIÑO MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

en su contra. En su lugar, se CONDENA a dicho fondo a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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. –. **REVOCAR el numeral tercero.** En su lugar, se dispone que se CONDENA en costas de primera instancia a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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.

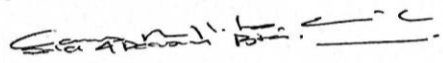
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2020-00345 -01.

Demandante: **VENUS MILANE REDÍN MONTAÑO Y OTROS.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **VENUS MILANES REDÍN MONTAÑO, DAYRA ELOISA y KETTY DAYANA ROSERO REDÍN** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 18 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que adelantan las recurrentes contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, las demandantes pretenden el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente e hijas, desde el 04 de mayo de 2018, acrecimiento, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** VENUS MILANES REDÍN MONTAÑO convivió con Henry Rosero Valencia desde el 14 de enero de 1993, compartiendo techo, lecho y mesa, hasta que este falleció el 04 de mayo de 2018; **2)** La señora Redín Montaña y el causante procrearon a DAYRA ELOISA y KETTY DAYANA ROSERO REDÍN, quienes son menores de edad y se encuentran estudiando; **3)** Durante su

convivencia procrearon a Luz Mireya, Edgar Eduardo y Álvaro Castillo Garzón; **4)** El causante era Gestor de Paz por cuanto este hizo parte a la columna móvil Daniel Aldana de la extinta F.A.R.C., por lo que al momento de su fallecimiento se encontraba cotizando; y **5)** Dependían económicamente del causante, además se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 06), 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 semanas durante los últimos tres años, pues únicamente alcanza durante dicho periodo 21,8 semanas.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que el causante falleció el 04 de mayo de 2018, por lo que, la norma aplicable es la vigente a tal momento, la Ley 797 de 2003; que el causante no acumulaba 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; y que en virtud del principio de la condición más beneficiosa resulta imperativo acudir a la Ley 100 de 1993, norma que dispone que se deben acreditar 26 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, no obstante, el actor sólo acumula 21,56 semanas en tal momento.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que el causante empezó a cotizar en 1995, esto es, cuando ya estaba vigente la Ley 100 de 1993; que según Corte Constitucional es posible aplicar la norma más favorable, por demás que se desconoce el artículo 53 constitucional que es de aplicación inmediata; que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2020-00345 -01.

Demandante: **VENUS MILANE REDÍN MONTAÑO Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

por lo anterior, las demandantes son beneficiarias pues le son aplicables las normas con las que constituyó su derecho pensional, y no la de su fallecimiento; y que COLPENSIONES se ha sustraído de la aplicación de la norma superior.

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:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de las demandantes como consecuencia del fallecimiento de Henry Rosero Valencia?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Condición Más Beneficiosa. Ley 797 de 2003 a Ley 100 de 1993 en su redacción original.

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 del señor Henry Rosero Valencia -05 de mayo de 2018- (fl. 22 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 el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento.

En el *sub lite*, observa la Sala que el señor Henry Rosero Valencia alcanzó 49,71 semanas, de las cuales 25,29 fueron cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su deceso; lo dicho, conforme a la documental a folios 60 a 63 del archivo 01.

Así las cosas, es procedente a acudir al principio de la condición más beneficiosa a efectos de verificar si es dable el reconocimiento de la prestación pensional, pudiendo esta Sala acudir a la norma inmediatamente anterior, que para el caso es la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En este punto, se esclarece que la Sala se acoge al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia pues este se comparte plenamente, puesto que atender el razonamiento de la H. Corte Constitucional sería tanto como desconocer de manera frontal el efecto de la retrospectividad de la ley, dando aplicación a una disposición que, de manera expresa, fue derogada; este aspecto fue advertido por la primera corporación aludida en sentencia CSJ SL184-2021 en la que señaló que se apartaba de lo dispuesto en la sentencia SU-005 de 2018, por cuanto significaba la aplicación absoluta e irrestricta

del principio de la condición más beneficiosa, imponiendo reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional; se desconocía los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad; y la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible.

Así las cosas, y para acudir a la Ley 100 de 1993 en su redacción original encontramos que CSJ SL4650-2017 reiterada en la CSJ SL2567-2021 y CSJ SL687-2023, explicó que sólo era posible que tal ley difiriera los efectos jurídicos de la citada ley hasta el 29 de enero de 2006; parámetro que no se acredita en el *sub lite*, dado que como quedó visto el causante tuvo se deceso el 05 de mayo de 2018.

Por otra parte, la actora tampoco demostró que su compañero permanente hubiere cotizado el número mínimo de semanas para la pensión de vejez, para de esa manera acceder a la prestación de sobrevivientes en aplicación del parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como quiera que en toda la vida laboral acumuló apenas 49,71 semanas.

Además, el causante no era beneficiario del régimen de transición, dado que para al 01 de abril de 1994 tenía 17 años de edad, pues nació el 10 de marzo de 1977 (fl. 21 del archivo 22), por lo que, por esta vía no sería dable acudir al Acuerdo 049 de 1990, por demás que no registra cotizaciones en vigencia de esta normatividad.

Por lo anteriormente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2020-00345 -01.

Demandante: **VENUS MILANE REDÍN MONTAÑO Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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 18 de enero de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

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

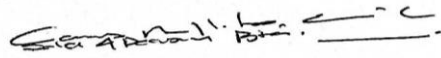
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2020-00345 -01.

Demandante: **VENUS MILANE REDÍN MONTAÑO Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de las demandantes como agencias en derecho la suma de \$150.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00493 -01.

Demandante: **JOSÉ EUSTACIO JEREZ GUZMÁN.**

Demandado: **ROCA GPS 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ROCA GPS S.A.S.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 09 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ EUSTACIO JEREZ GUZMÁN** adelanta contra la 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 del 01 de noviembre de 2018 al 13 de agosto de 2020; que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa; que su último cargo fue el de Director Operativo, que devengaba \$3'202.871; y que le adeudan cesantías de 2009 a 2020. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago de cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías y sanción por su falta de pago, vacaciones, prima de servicios, salario del 01 al 13 de agosto de 2020, sanción moratoria, aportes a pensión, salud y A.R.L., dotaciones, e indexación.

Demandante: **JOSÉ EUSTACIO JEREZ GUZMÁN.**

Demandado: **ROCA GPS S.A.S.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 01 de noviembre de 2008 suscribió un contrato a término indefinido con la demandada para desempeñar el cargo de Director Operativo; **2)** Devengaba \$2'000.000, sin que en ningún momento se efectuara su reajuste anual; **3)** No se pagó en forma completa aportes a seguridad social en pensiones, salud, A.R.L. y a compensación familiar; **4)** Desarrollaba sus funciones entre 14 y 16 horas diarias de domingo a domingo, dado que debía tener disponibilidad de 24 horas de servicios, sin que se le pagaran horas extras, dominicales y festivos; **5)** Efectuaba funciones de agendar y realizar control de los técnico, mantener la representación de la empresa en cada una de las ciudades del país, realizar funciones de mensajería, supervisar la central de monitoreo, realizar reemplazos de personal para facilitar descansos y el cumplimiento de turnos rotativos; **6)** Sin que existiera queja por su labor se dio terminación a su contrato de trabajo el 13 de agosto de 2020, alegándose justa causa, frente a la que no se aportó ningún tipo de prueba; **7)** A pesar de su insistencia en el pago de las acreencias laborales que se le adeudan, el empleador se ha negado sistemáticamente a efectuar su pago; y **8)** No se le informó el estado de pago de sus cotizaciones a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses.

2. Respuesta a la Demanda.

Mediante auto del 08 de junio de 2022 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de ROCA GPS S.A.S. (archivo 09).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Roca GPS S.A.S. desde el 01 de noviembre de 2011 hasta el 13 de agosto de 2020.

SEGUNDO. CONDENAR a GPS S.A.S. a pagar al demandante las siguientes cifras:

1. \$ 5.071.692,66 por concepto de cesantías.
2. \$ 713.749,34 por concepto de intereses a las cesantías.
3. \$ 713.749,34 por sanción ante el no pago de los intereses a las cesantías.
4. \$ 6.317.159,33 por primas de servicio.
5. Por concepto de vacaciones:

Demandante: **JOSÉ EUSTACIO JEREZ GUZMÁN.**

Demandado: **ROCA GPS S.A.S.**

2011	\$ 44.633,33
2012	\$ 283.350,00
2013	\$ 294.750,00
2014	\$ 308.000,00
2015	\$ 322.175,00
2016	\$ 344.727,50
2017	\$ 368.858,50
2018	\$ 390.621,00
2019	\$ 414.058,00
2020	\$ 387.406,33

Las sumas correspondientes a las vacaciones deberán pagarse debidamente indexadas.

6. \$730.340 por concepto de salarios insolutos.

7. \$46.566.260,13 por la indemnización establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

8. Indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día mora desde el 14 de agosto de 2020 hasta por 24 meses, fecha a partir de la cual se deberán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera.

TERCERO. CONDENAR a Roca GPS S.A.S. a pagar a las administradoras del sistema integral de seguridad social a las que estuviere afiliado el demandante las cotizaciones del mes de julio de 2013 correspondiente a un ingreso base de cotización de un salario mínimo de la época.

CUARTO. DECLARAR parcial y oficiosamente probada la excepción de cobro de lo no debido frente a las demás pretensiones, de conformidad con lo expuesto.

QUINTO. ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones instauradas en su contra.

SEXTO. COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$8'000.000, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este fallo.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existió controversia de la existencia de una relación laboral entre las partes, sin embargo, no obra documental que dé cuenta de que esta hubiera sido anterior al 01 de noviembre de 2011, por lo que se declarará desde tal fecha, pues tal extremo fue aceptado por la demandada; que se tendrá como salario el mínimo legal, excepto desde mayo de 2020 pues a partir de esta calenda se demostró un salario por \$1'685.400; que no obra constancia del pago de los 13 días de salario de agosto de 2020, de las cesantías de 2014 a 2020, intereses a las cesantías junto con su sanción por falta de pago, vacaciones, prima de servicios y aportes a pensión; que hay lugar a imponer sanciones moratorias, ya que, no se acreditó buena fe para justificar la falta de pago de salarios y prestaciones sociales; que no es posible condenar por dotaciones puesto que no se demostró perjuicios por su falta de suministro; y que las vacaciones se deben pagar debidamente indexadas.

4. Argumentos de la Recurrente.

ROCA GPS S.A.S. dijo que no hay lugar a vacaciones, como quiera que se demostró que al actor se le pagaron estos rubros año por año.

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:

¿Se acreditó el pago de vacaciones por parte de ROCA GPS S.A.S.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Vacaciones.

Las vacaciones son aquel descanso que se otorga a los trabajadores por haber laborado durante un año, deben ser remuneradas, de manera que se siguen recibiendo a pesar de que no se esté laborando. En ese sentido, el artículo 186 del C.S.T. dispone que *“Los trabajadores que hubieren prestado*

sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.”

De esta manera, las vacaciones se causan una vez se cumple un año de trabajo, de modo que cada año de servicios prestados da derecho a tal beneficio; sin embargo, el artículo 187 *ejusdem* faculta al empleador para que las otorgue a más tardar dentro del año subsiguiente, ya sea porque son concedidas oficiosamente o a petición del trabajador.

Ahora, y para que sea dable imputar condena por vacaciones, era necesario que el empleador demostrara su pago, concesión, acumulación o alguna forma de pago para entender acreditado la compensación de tal rubro, pues resultado de la existencia de una relación laboral es el consecuente pago de los derechos mínimos e irrenunciables que surgen de tal vinculación, como lo es el pago y/o reconocimiento de prestaciones sociales y vacaciones; siendo carga del empleador acreditar esto.

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.

Así las cosas, la Sala procedió a verificar a revisar la documental allegada, no obstante, no se encuentra que se hubiera acreditado el pago, concesión, acumulación o alguna forma de pago para entender acreditado la compensación de las vacaciones, por lo que ante la ausencia de material probatorio al respecto no queda otro camino que confirmar la sentencia.

Finalmente, se observa que en alegatos de conclusión se manifestaron temas referidos a la terminación del contrato de trabajo, no obstante, no se impuso condena por tal situación, así como tampoco se impugnó, por lo que la Sala no procederá al estudio de tal sanción; se itera que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia de esta Corporación se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, que para el caso fue las vacaciones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00493 -01.

Demandante: **JOSÉ EUSTACIO JEREZ GUZMÁN.**

Demandado: **ROCA GPS S.A.S.**

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

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. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 09 de agosto de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

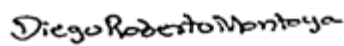
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

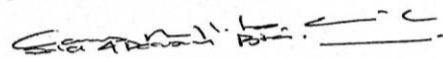


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00493 -01.
Demandante: **JOSÉ EUSTACIO JEREZ GUZMÁN.**
Demandado: **ROCA GPS 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 \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00086 -01.

Demandante: **ADRIANA LUCIA SUÁREZ.**

Demandado: **ÓPTICA IRIS 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ÓPTICA IRIS S.A.S.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 31 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ADRIANA LUCIA LEMUS SUÁREZ** adelanta contra la recurrente.

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 a término indefinido del 02 de julio de 2019 al 05 de febrero de 2020; que devengaba \$3'800.000; y que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de su empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, diferencias salariales de enero y febrero de 2020, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 02 de julio de 2019 suscribió contrato de prestación de servicios; **2)** Devengaba \$3'800.000 más comisiones que oscilaban entre \$500.000 y \$800.000, las que nunca recibió en su totalidad; **3)** Desempeñaba el cargo de Optómetra y Directora Científica, siendo asignada al Centro Comercial Diverplaza; **4)** Se le prometió que sólo dos meses estaría mediante contrato a término indefinido, lo que sucedió hasta enero de 2020; **5)** Debía vestir de forma semiformal, cumplir órdenes, y desempeñar su labor en un horario de 10:00 A.M. a 8:00 P.M. de lunes a sábado con una hora de almuerzo; **6)** Fue trasladada a la sede Alamos, recibiendo visitas frecuentes del Director de Mercadeo, así como debió realizar diversas capacitaciones entre octubre y enero de 2019 (sic); **7)** En enero de 2020 se celebró contrato a término indefinido, disminuyéndose su salario a \$2'500.000 con derecho a causar comisiones entre \$500.000 y \$800.000, y un auxilio de rodamiento de \$1'000.000; **8)** Sus funciones siguieron siendo supervisadas por parte del nuevo Director de Mercadeo, Wilson Aranguren, quien manifestó inconformidades frente a su postura y forma de vestir, a lo que le respondió que tenía una patología en la columna y que nunca se le había manifestado algo frente a su forma de vestir; **9)** El 03 de febrero de 2020 asistió a una capacitación en la mañana y, en la tarde, se le informó la terminación de su contrato de trabajo a partir del 05 del mismo mes y año; y **10)** Se le adeudan las acreencias laborales que pretende.

2. Respuesta a la Demanda.

ÓPTICA IRIS S.A.S. (archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la celebración de un contrato de prestación de servicios el 02 de julio de 2019; la prestación del servicio en el Centro Comercial Diverplaza; la realización de capacitaciones; la suscripción de un contrato a término indefinido en enero de 2020; el pago de un bono de rodamiento; y la supervisión del nuevo Director de Mercadeo, Wilson Aranguren y, que este presentó inconformidades frente a la labor de la demandante.

Expuso que los contratos que se celebraron con la demandante fueron suscritos de forma libre y autónoma; que la demandante nunca presentó inconformidad respecto de su forma de inicial de vinculación, en la que por demás la actora era autónoma en el desarrollo de sus funciones, puesto que no existía imposición de horarios ni de órdenes; que fue por lo anterior que se buscó la celebración de un contrato de trabajo, con el fin de hacer requerimientos a la trabajadora, especialmente, frente a presentación personal y cumplimiento de horarios; que pese a lo anterior, la demandante siguió ejerciendo su función de forma liberal, lo que llevó a terminar su contrato de trabajo en periodo de prueba; y que durante el contrato de prestación de servicios el Director de Mercadeo no tuvo mayor injerencia en el desarrollo de las funciones de la actora, pues esta era autónoma, no siendo así cuando se tuvo contrato de trabajo y el Director era el señor Wilson Aranguren.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y Óptica Iris S.A.S. desde el 02 de julio de 2019 al 04 de febrero de 2020.

SEGUNDO. CONDENAR a Óptica Iris S.A.S. a pagar a la demandante las siguientes cifras:

- \$ 1'690.784 por auxilios de cesantías.
- \$ 92.204 por intereses a las cesantías.
- \$ 1'690.784 por primas de servicio.
- \$ 845.392 por compensación en dinero de las vacaciones del tiempo laborado. Las sumas correspondientes a las vacaciones deberán pagarse debidamente indexadas.
- Indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día mora desde el 5 de febrero de 2020 hasta por 24 meses, fecha a partir de la cual se deberán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera.

TERCERO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido frente a las demás pretensiones.

CUARTO. ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones instauradas en su contra.

QUINTO. COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia que entre las partes desde enero de 2020 existió un contrato de trabajo; que está demostrado que la actora prestó sus servicios a favor de ÓPTICA IRIS

S.A.S. desde julio de 2019 mediante contrato de prestación de servicios, por lo que le correspondía a esta desvirtuar el elemento de la subordinación; que aunado a lo anterior, las funciones y cargo de la actora eran exactamente las mismas tanto en el contrato de prestación de servicios, como en el contrato laboral, por demás que según prueba testimonial estaba sujeta a horarios, debía ir a capacitación, vestir uniforme, y era sometida a calificación de desempeño; que no procede el reconocimiento de diferencias salariales, puesto que frente a estas versó un acuerdo de voluntades sin que se avizore vicio del consentimiento; que al declararse el contrato de trabajo hay lugar a prestaciones sociales y vacaciones, siendo dable descontar lo pagado por concepto de liquidación final de prestaciones sociales; que se acreditó el hecho del despido, periodo de prueba, lo que se encontraba de conformidad con el contrato a término indefinido celebrado en enero de 2020; que se debe pagar sanción moratoria, dado que no se acreditó buena fe de parte del empleador, pues la afirmación de estar en un contrato de prestación de servicios no lo exoneraba; y que la indexación se paga frente a las acreencias laborales que no recae la sanción moratoria, como la vacaciones.

4. Argumentos de la Recurrente.

ÓPTICA IRIS S.A.S. adujo que no se tuvo en cuenta lo que adujo en la contestación y en los alegatos, especialmente, frente al actuar de buena fe de las partes, especialmente porque se está prevaleciendo una formalidad por encima de una realidad.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00086 -01.

Demandante: **ADRIANA LUCIA SUÁREZ.**

Demandado: **ÓPTICA IRIS S.A.S.**

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 dable declarar un contrato de trabajo durante todo el tiempo que el actor estuvo al servicio de la demandada, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas? y, ¿hay lugar a imponer sanción moratoria?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Del Contrato de Trabajo. 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.

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que a folios 6 a 11 del archivo 01 obra contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes el 02 de julio de 2019, en el que se dispuso que la demandante prestaría servicios de Optómetra y de Directora Científica; luego, entre las partes se celebraría un contrato de trabajo a término indefinido el 02 de enero de 2020 en el que se dispondría que la actora desempeñaría a favor del demandado los mismos servicios (fls. 3 y 4 del archivo 01).

De igual manera, de los testigos comparecientes, **Loreney Ramírez, Esperanza Sanabria y Amanda Inés Prieto**, es posible extraer que la demandante durante todo el tiempo que estuvo prestando servicios a favor de la demandada lo hizo como Optómetra; misma circunstancia que es dable colegir de lo expuesto por el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte. Asimismo, se aclara que si bien tales declarantes hacen alusión a que la actora en caso de ausencia podía ser reemplazada por otro optómetra, lo cierto es que tal circunstancia no consta que se pudiera de realizar de forma autónoma por la accionante sino por el contrario debía comunicarlo a la demandada, quien podía o no autorizar tal situación según informó el primer y último testigos mencionados, por demás que según el mismo contrato de prestación de servicios estaba prohibido

delegar en una tercera persona su actividad sin autorización previa y por escrito (fls. 6 a 11 del archivo 01).

De esta manera, es dable establecer que la demandante prestó sus servicios a ÓPTICA IRIS S.A. de forma personal cuando estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios, debiendo la demandada para desvirtuar el elemento de la subordinación, para que fuera dable colegir que no existía contrato de trabajo.

Al respecto, la Sala no encuentra prueba alguna que permita desvirtuar el elemento de la subordinación, por el contrario del mismo contrato de prestación de servicios se puede leer que se efectuaba supervisión del contrato, acatar los lineamientos establecidos y cumplir las normas dispuestas por la demandada, cumplir comisiones de servicios cuando esta les fueran requeridas por parte de la óptica, presentar informes de sus actividades, y permitir supervisiones e inspecciones (fls. 6 a 11 del archivo 01). Igualmente, los testigos aludidos dieron cuenta de supervisión por parte del señor Javier Borrero, cumplimiento de horario, uso de dotación, deber de acudir a capacitaciones, debían solicitar permisos para ausentarse, y era sujeto de calificación de su labor.

En consecuencia, para la Sala es clara la existencia de un contrato de trabajo, tal y como lo dispuso la A Quo, al evidenciarse además de la prestación personal del servicio, de actos subordinante por parte de la óptica, por lo que, se confirmará tal decisión.

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 ÓPTICA IRIS S.A.S. si bien celebró un contrato de trabajo con la demandante a partir del 02 de enero de 2020, lo cierto es que previamente echó mano de un contrato de prestación de servicios que fue celebrado con las mismas condiciones que el contrato laboral aludido; aspecto del que no se puede deprecar buena fe, como quiera que incluso del contenido del contrato de prestación de servicios es dable establecer actos de subordinación, circunstancias de las que también dieron cuenta los testigos.

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, por lo que se confirmará la sentencia en su integridad.

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 05-009-2021-00086 -01.

Demandante: **ADRIANA LUCIA SUÁREZ.**

Demandado: **ÓPTICA IRIS S.A.S.**

**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 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

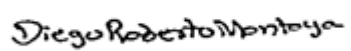
SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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.

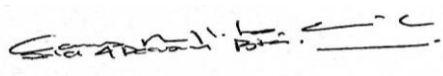
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



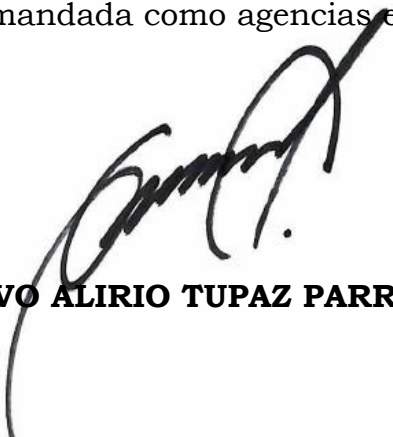
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan 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 05-029-2021-00225 -01.

Demandante: **RICARDO MARÍN CAMPOS.**

Demandado: **COMCEL 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COMCEL S.A.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 05 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **RICARDO MARÍN CAMPOS** adelanta contra la recurrente.

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 05 de agosto de 2008 al 16 de diciembre de 2019; y que es nulo el acuerdo transaccional que suscribieron. Como consecuencia de lo anterior, solicita restablecer el nexo contractual que existía con COMCEL S.A.; restituir sus derechos laborales, salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, vacaciones, y aportes a seguridad social; indexación; e intereses de mora.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Nació el 06 de enero de 1961; **2)** Se vinculó el 05 de agosto de 2008 mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Especialista

Demandante: **RICARDO MARÍN CAMPOS.**

Demandado: **COMCEL S.A.**

Comercial con un salario de \$4'500.000; **3)** En diciembre de 2019 la demandada inició un plan de retiro de trabajadores, por lo cual suscribió una terminación de mutuo acuerdo con la demandada; no obstante, fue presionado para la suscripción de este a cambio de una indemnización por valor de \$39.415.901, de lo contrario no le reconocería ningún rubro; **4)** No le informaron las ventajas y desventajas de la suscripción del aludido acuerdo; **5)** Contaba con más de 1200 semanas al momento de la terminación del contrato de trabajo y con 58 años, 11 meses y 10 días de edad, es decir, se trataba de un prepensionado; y **6)** Desde que fue coaccionado a suscribir el acuerdo no ha podido ubicarse laboralmente, así como tampoco cuenta con los mecanismos para su subsistencia.

2. Respuesta a la Demanda.

COMCEL S.A. (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

No aceptó ningún hecho. Adujo que entre Telmex Hogar S.A.- empresa que se fusionó con COMCEL S.A.- y el actor se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 04 de agosto de 2008, para desempeñar el cargo de Especialista Ventas Directas en la ciudad de Villavicencio, con una asignación salarial mensual de \$1'405.700; que las partes de manera libre, espontánea y sin presiones suscribieron el 16 de diciembre de 2019 el acta transaccional, finalizando de mutuo acuerdo la relación laboral; que jamás desplegó acciones tendientes a presionar a sus trabajadores para lograr la suscripción de la aludida acta; y que la calidad de prepensionado está dirigida únicamente para los trabajadores del sector público.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el acuerdo transaccional suscrito entre las partes, desconoció el derecho fundamental pensional del trabajador.

SEGUNDO: CONDENAR a COMCEL S.A. a cancelar a Colpensiones en favor del actor las cotizaciones a pensión que le hacen falta para completar 1300 semanas tomando como I.B.C. la suma de \$ 4'706.604, es decir 81 semanas.

Demandante: **RICARDO MARÍN CAMPOS.**

Demandado: **COMCEL S.A.**

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de COSA JUZGADA propuesta por la demandada.

QUINTO: ABSOLVER a **COMCEL S.A.** del resto de pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que al momento de la celebración del mutuo terminación del contrato de trabajo del demandante, este contaba con 58 años, 11 meses, y 10 días, así como alcanzaba un total de 1219 semanas; que los derechos pensionales no pueden ser objeto de transacción; que era necesario que el trabajador conociera claramente los derechos que está negociando, ventajas y desventajas, lo que sólo se obtiene con una asesoría informada, por demás que no se le dijo que le faltaban sólo 20 días para ostentar la calidad de prepensionado; y que por lo anterior, y en aras de salvaguardar los derechos fundamentales del demandante, es dable ordenar el pago de las semanas que le hace falta al demandante para arribar a la edad pensional.

4. Argumentos de la Recurrente.

COMCEL S.A. adujo que se demostró que le explicó al demandante en qué consistía la suscripción del acta de transacción, pues dentro del acuerdo de este quedó contenido que firmaba conocimiento plenamente los efectos del mismo, así como que este acuerdo estaba exento de vicios del consentimiento; que si bien no se habló de un tema pensional se explica las consecuencias de la suscripción del acta, por demás que según interrogatorio del actor se le leyó dos veces, pudo llamar y hablar con su esposa, y firmó el respectivo acuerdo; que los testigos informaron que al actor se le informó en qué consistía el acuerdo, que los abogados de la compañía absolvían las dudas que pudiera tener el actor y, que se revisaba si tenía algún tipo de situación especial; que fue en virtud de las facultades ultra y extra petita y porque no hubo una suficiente en el acuerdo transaccional fue que se impuso la condena; que no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento, por demás que no cumplía los requisitos para ser considerado prepensionado; que no se demuestra la vulneración al mínimo vital, por demás que recibió una suma de \$39'415.901 a través del contrato de transacción; que existiría una violación al derecho de defensa y

contradicción al imponerse condena al valor de aportes a pensión, existe un desbordamiento de las facultades del juzgador, pues esto no se solicitó en la demanda; y que se debe revisar el I.B.L. y el tiempo de las semanas cotizadas que se deben pagar a favor del actor, pues este alega que su historia laboral tiene inconsistencias.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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 de apelación.

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:

¿El acuerdo transaccional celebrado entre las partes vulneró el derecho fundamental a la pensión del demandante? y, ¿el I.B.L. y cantidad de semanas ordenadas por la A Quo respecto de la condena de aportes a cargo del empleador se encuentran ajustadas a derecho?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Prepensionados. Terminación de Mutuo Acuerdo. Validez del Acta de Transacción.

Según sentencia SU-003 de 2018 acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas- dentro de los tres años siguientes- a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

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

Igualmente, en dicha sentencia se destaca que la finalidad de ese mecanismo es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, que podría verse frustrada por la “*pérdida intempestiva del empleo*”; y que la protección consiste en amparar la estabilidad laboral, en función de hacer viable la continuidad en la cotización efectiva al sistema pensional para “*consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez*”.

No obstante, dicha providencia también es clara en manifestar que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente, de manera que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

En similar sentido, CSJ SL1496-2014 y CSJ SL5528-2018 ha explicado que la condición de prepensionado opera como una protección especial o mecanismo de estabilidad laboral, ante los **despidos** que se dan en el marco de los procesos de liquidación definitiva, y que cobija a aquellos trabajadores que están inmersos en los supuestos que establece el artículo 12 de la Ley 790 de 2002. Asimismo, en CSJ SL442-2022 se explicó que la protección bajo estudio no solo tiene cabida en el marco del programa de renovación de la administración pública, sino también en contextos similares en los que se presentan **despidos** asociados a “*reestructuraciones, fusiones y liquidaciones*”

Así, el caso bajo examen no coincide con los supuestos en los que se ha prohijado la estabilidad laboral de las personas próximas a cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de un despido, así como tampoco se está frente a un prepensionado (CSJ SL059-2021), pues ciertamente el contrato de trabajo que aquí se debate finalizó de mutuo acuerdo- no hubo despido- y, el actor al momento de celebrar tal acto, 16 de diciembre de 2019, tenía la edad de 58 años, 11 meses, y 10 días, pues nació el 06 de enero de 1961, por lo que no ostentaba el estatus de prepensionado, pues le faltaban 20 días para alcanzar tal calidad.

Así mismo, y frente a la **posibilidad de declarar nula o ineficaz el acta de transacción** se hace necesario rememorar que la definición legal de la transacción en materia laboral no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: “*Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles*”, pero en ningún momento conceptualiza dicha institución, y aunque es cierto que el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en materia laboral, conforme lo dispuesto en ese artículo 15 del C.S.T., ya mencionado.

CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014, CSJ SL13202-2015, y CSJ SL787-2021 ha explicado que cuando un trabajador se obliga a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento no adolezca

de vicios, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio.

En el *sub lite*, no aparece acreditado de forma contundente que al momento de la celebración de dicho acuerdo el consentimiento del accionante se encontraba viciado. En efecto, del escaso material probatorio recolectado no se concluye que se hubiere demostrado que el demandante tenía una idea inexacta sobre uno de los elementos del contrato, ya sea, de la naturaleza del acto, la identidad del objeto, su calidad o en la persona con la que se contrata, tal como lo prevén los artículos 1510 a 1512 del C.C. Tampoco se observa que exista una fuerza de tal entidad que hubiera viciado el consentimiento de la accionante, así como tampoco se encuentra acreditado que el empleador incurrió en dolo, pues no se verifica que la accionante fuere engañada para que celebrara el contrato o el acto.

Ciertamente, los testigos comparecientes a juicio Silvia Riaño Meléndez y Claudia Rocío Castro Pedraza dieron cuenta que la terminación de mutuo acuerdo se da porque para ese momento el demandante desempeñaba sus funciones en Villavicencio; que esta ciudad estaba presentado unos retos comerciales y una dinámica en materia de resultados, por lo cual se analizó el equipo de trabajo y se planteó un cambio en los perfiles de las personas que trabajan para ese corredor; que en el caso del demandante se toma la decisión de plantear la finalización del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, pues la compañía requería un perfil distinto; que el demandante pudo tomarse el tiempo que deseara para realizar las consultas que requiera frente al acuerdo que se le puso de presente; que en el área de relaciones hay un proceso previo donde intervienen distintas áreas, y se hacen las validaciones pertinentes de cada caso, incluyendo situaciones médicas, pensionales y distintas situaciones que pudiera presentar el trabajador; que para el caso del demandante se le valoraron todos estos aspectos, y no se advirtió ningún tipo de situación especial para proteger; que le dio al trabajador la oportunidad de expresar dudas e inquietudes; que no se presionó la demandante, y en ningún momento se le comunicó que si se iba, lo haría sin dinero; y que lo único que se prohíbe es que el trabajador tome fotos al documento, ya que, este es privado.

En ese orden de ideas, no encuentra la Sala elementos contundentes para establecer que se incurrió en un vicio del consentimiento, así como tampoco que exista vulneración de derechos mínimos e irrenunciables por parte del trabajador, pues a diferencia de lo que señala la *A Quo*, no se encuentra que hubiera adquirido el estatus de prepensionado, en ningún momento se zanjaron obligaciones pensionales, y la decisión del trabajador fue libre y voluntaria, no se demuestra lo contrario.

Esto que se dice conlleva necesariamente a considerar que deba ser revocada la sentencia de primera instancia, máxime si se tiene en cuenta que a juicio de esta Corporación se hizo uso de forma inadecuado de las facultades **ultra y extra petita**.

Si bien en materia laboral, el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades *ultra y extra petita*; el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, en virtud del principio de congruencia dispuesto en el artículo 281 del C.G.P., aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.

De la misma manera, es deber judicial del juez al decidir, que su providencia se ajuste a lo solicitado por las partes en su demanda (pretensiones) y contestación (excepciones), dado que sobre estas piezas se edifica la relación jurídica sustancial y procesal. Eventualmente, puede interpretar la demanda, precisamente para resolver asuntos planteados en el proceso, de tal manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento (CSJ SL2604-2021).

Igualmente, bajo los postulados jurisprudenciales, CSJ SL2808-2018, estableció que “*la facultad extra petita requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y*

Demandante: **RICARDO MARÍN CAMPOS.**

Demandado: **COMCEL S.A.**

contradicción de la llamada a juicio. Por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor”; no obstante, en el asunto puesto en conocimiento de esta Corporación no se discutió la posibilidad de reconocer aportes a pensión como lo ordenó la A Quo, y no resulta patente la vulneración del derecho a la seguridad social del demandante, así como esta situación tampoco se acreditó.

Por tanto, no resulta razonable imponer la condena de reconocer los aportes a pensión hasta que el demandante acredite 1300 semanas, pues además que esto no se solicitó de forma principal ni subsidiaria, tampoco se discutió, por lo que en tales condiciones no era dable que se impusiera tal condena, puesto que tal entendimiento podría ir en contravía del derecho fundamental del debido proceso de la demandada, especialmente de su derecho de defensa y de contradicción.

Por lo expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

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. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a COMCEL S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por RICARDO MARÍN CAMPOS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2021-00225 -01.

Demandante: **RICARDO MARÍN CAMPOS.**

Demandado: **COMCEL S.A.**

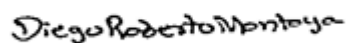
SEGUNDO. -.Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

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.

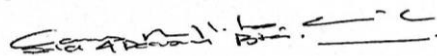
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo del demandante.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00484 -01.

Demandante: **NELSON SIGIFREDO MERA REALPE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 31 de octubre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **NELSON SIGIFREDO MERA REALPE** 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, el demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. por no informarse claramente las consecuencias de su traslado, así como de sus traslados posteriores. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y a COLPENSIONES a registrar su afiliación como si nunca se hubiera trasladado. Igualmente, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00484 -01.

Demandante: **NELSON SIGIFREDO MERA REALPE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

vejez a partir del 30 de agosto de 2018, con fundamento en la Ley 100 de 1993 e intereses moratorios.

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, así como el cumplimiento de la edad de 62 años y la acumulación de más de 1300 semanas.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (archivos 5, 8 y 10) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba 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 efectuado por NELSON SIGIFREDO MERA REALPE, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la A.F.P. HORIZONTE (HOY PORVENIR S.A.), y como consecuencia de ello, se ordena a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a volver a afiliar a NELSON SIGIFREDO MERA REALPE al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la A.F.P. PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1'000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, son las autoridades privadas las que deben asumir las

consecuencias de la ineficacia de traslado deprecada; que el traslado se hizo conforme a la normatividad legal de la época, por demás que aceptar este pone en peligro la sostenibilidad del sistema y los derechos fundamentales de los demás afiliados, se abandona equidad y justicia material; que el demandante realizó traslados horizontales, con lo que se puede colegir que era su deseo estar en el R.A.I.S., por lo que no es dable alegar el desconocimiento de la normatividad; que se autorice que pueda demandar para lograr el pago de perjuicios originados en la omisión de los pagos, así como se ordene seguros previsionales; y que no se deben condenar en costas ni agencias en derecho por ser un tercero de buena fe.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo 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, 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 el demandante a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR 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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 19 de junio de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en el expediente administrativo visible en la carpeta 9.1; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy PORVENIR S.A. el 26 de octubre de 2000 (fl. 27 del 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 27 del archivo 05 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 26 de octubre de 2000 con Pensiones y Cesantías 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 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 Mera Realpe se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de octubre 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 al momento de tal traslado el asesor de Horizonte Cesantías y Pensiones sólo le dijo que tendría una mejor pensión y que deducía que el plasmar herederos era con el fin que ellos eventualmente pudiera adquirir el capital que tenía; 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 al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Ing Pensiones y Cesantías hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de abril de 2009 (fl.43 del archivo 01), , es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Horizonte Pensiones y Cesantías 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).

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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de establecer que PROTECCIÓN S.A. además de los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la

declaración de ineficacia de traslado del demandante, los valores pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión**; la totalidad de los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, le correspondía a **PORVENIR S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, devolver **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados**, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR tal condena.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de 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).

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, frente a la posibilidad de demandar perjuicios por parte de COLPENSIONES, claramente ante el incumplimiento al deber de información que se evidencia en esta sentencia, podrá adelantar las acciones que considere pertinentes.

Demandante: **NELSON SIGIFREDO MERA REALPE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Costas Primera Instancia.

No se efectuará pronunciamiento como quiera que quien apela es COLPENSIONES y no se impuso a cargo de esta, condena alguna por tal rubro.

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 primero** de la sentencia a fin de establecer que PROTECCIÓN S.A. además de los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, los valores pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión;** la totalidad de los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que **PORVENIR S.A.** además de restituir las sumas descontadas por gastos de administración, debe devolver **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** la totalidad de los rubros aludidos en este numeral deberán pagarse debidamente **indexados.**

Demandante: **NELSON SIGIFREDO MERA REALPE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de 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.**

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

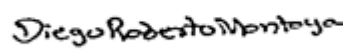
CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

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.

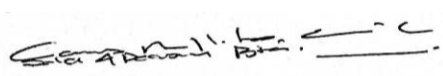
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00509 -01.

Demandante: **LEONOR GARZÓN GARCÍA.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de diciembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **LEONOR GARZÓN GARCÍA** 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 mayo de 2019, mesadas adicionales, incrementos anuales, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Mediante Resolución 001711 del 12 de marzo de 1995 le fue reconocida pensión de vejez a Bernardo Álvaro Castillo Díaz; **2)** Contrajo nupcias con el señor Castillo Díaz el 21 de mayo de 1960; tuvieron una separación de hecho en 1991, no obstante, en noviembre de 2012 retomaron convivencia; **3)** Durante su convivencia procrearon a Luz Mireya, Edgar Eduardo y Álvaro

Castillo Garzón; **4)** El señor Castillo Díaz falleció el 15 de mayo de 2019; **5)** El 21 de octubre de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes, empero, fue negada a través de la Resolución SUB 2225 del 07 de enero de 2020; **6)** Interpuso los recursos de reposición y de apelación, no obstante, se confirmó la decisión inicial a través de las Resolución 88487 del 06 de abril de 2020; acto administrativo que no concedió recurso de apelación; y **7)** Interpuso recurso de queja, sin embargo, está a la fecha no ha sido decidida.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 06), 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 en 2012 si bien vivían en el mismo techo, no compartieron lecho, no tuvieron ningún tipo de relación sentimental hasta el fallecimiento del causante.

2.2. Sucesión Procesal.

Ante el fallecimiento de la demandante mediante auto proferido en audiencia del 15 de noviembre de 2022, se tuvo como sucesores procesales de esta a Luz Mireya y Edgar Eduardo Castillo Garzón (archivo 11).

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar el 100% de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, en calidad de cónyuge de BERNARDO ALVARO CASTILLO DIAZ, en cuantía inicial de \$1'258.786,61, sujeta a los reajustes de ley, a partir del 15 de mayo de 2019 hasta el 20 de septiembre de 2022.

SEGUNDO: CONDENAR a la COLPENSIONES a pagar a favor de la actora la suma de \$61'041.378,17 por concepto de retroactivo pensional causado durante el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 2019 hasta el 20 de septiembre de 2022, el cual incluye las mesadas adicionales y reajustes anuales.

Demandante: **LEONOR GARZÓN GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

TERCERO: CONDENAR a la COLPENSIONES a reconocer a favor de la actora los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 21 de diciembre de 2019 y hasta la fecha en que se realice su pago.

CUARTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1'000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditada la calidad de pensionado del causante, así como su fallecimiento el 15 de mayo de 2019; que la norma aplicable es la Ley 797 de 2003 con ocasión a la fecha de fallecimiento del exánime; que siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional era obligación de la demandante acreditar cinco años de convivencia; que de la prueba testimonial es dable colegir el tiempo de convivencia reseñada, sin que la investigación adelantada por COLPENSIONES sea suficiente para tener por desvirtuada tal convivencia, pues aparece demostrado cinco años de convivencia y se está frente a una cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente; que por lo anterior, se debe reconocer la pensión en los mismos términos que se estaba disfrutando; que no operó prescripción, puesto que se demandó dentro de los tres años siguientes a la reclamación del derecho; que el retroactivo se debe pagar hasta la fecha de fallecimiento de la demandante; que hay lugar a intereses moratorios, puesto que no se reconoció la prestación dentro de los dos meses anteriores a la radicación de los documentos de pensión; y que al imponerse intereses moratorios, no es posible reconocer indexación.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que no se acreditó el tiempo mínimo de convivencia, como quiera que se debía compartir techo y lazos efectivos durante los últimos cinco años de vida del causante; que la convivencia constituye el hecho que legitima el reconocimiento pensional, por lo que debía ser satisfecho por la actora, no obstante, nunca se tuvo certeza de su efectiva convivencia, lo que genera duda de la convivencia; que no se acreditó el domicilio del causante; que no se observa techo, lecho y mesa; y que siempre fue una duda razonable para COLPENSIONES el tiempo de convivencia, por lo que no sería dable reconocer intereses moratorios.

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, 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.

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 Bernardo Álvaro Castillo Díaz? y, ¿es dable el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES?

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 Bernardo Álvaro Castillo Díaz -15 de mayo de 2019- (fl. 46 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 Castillo Díaz falleció ostentando el estatus de pensionado (fls. 12 del archivo 01), y que LEONOR GARZÓN GARCÍA deprecaba 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 21 de mayo de 1960, así como que tuvieron tres hijos Luz Mireya, Álvaro y Edgar Eduardo Castillo Garzón (fls. 46, 47 y 55 a 64 del archivo 01). Asimismo, obra investigación realizada por Cosinte Ltda. por petición de la accionada, en la que se observa que la demandante convivió con el causante hasta 1991, calenda en la que se presentó separación de cuerpos en 2012, sin compartir lecho y sin ningún tipo de relación sentimental hasta 2019 (fls. 159 a 164 del archivo 06).

En igual sentido, comparecieron a juicio a rendir testimonio, Jairo Machola Cuevas, Alba Mercedes Sopó Prieto y José Alejandro Meléndez Sáenz, quienes también dieron cuenta de una convivencia ininterrumpida entre la actora y el causante entre el 21 de mayo de 1960 hasta 1991, así como que hubo una separación, no obstante, convivieron juntos por lo menos siete años anteriores al deceso del causante, periodo en el que incluso se brindaron apoyo espiritual y afectivo, así como sus cuidados en salud durante la última etapa de su vida. Igualmente, tales testigos señalaron que era un hogar estable y unido, y que compartían los gastos del hogar, en su calidad de pensionados.

Así las cosas, se encuentra acreditada una convivencia mínima de por lo menos, 37 años, 7 meses, y 10 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 la sentencia.

Demandante: **LEONOR GARZÓN GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Valor de la Mesada Pensional. Retroactivo y Prescripción.

Conforme los advierte COLPENSIONES mediante la Resoluciones 2225 de 2020 y 88487 de 2021 el valor de la mesada pensional al momento del retiro del causante era de \$1'258.789 (fls. 32 a 35 y 44 a 47 del archivo 01), suma similar a la establecida por el A Quo, **\$1258.786,61** por lo que se confirmará.

En cuanto al retroactivo, ciertamente existe constancia que la demandante falleció el 20 de septiembre de 2022 (fl. 12 del archivo 08), por lo que se liquidará hasta tal calenda. Así y, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor se tiene que el valor del retroactivo del 15 de mayo de 2019 al 20 de septiembre de 2022 es la suma de \$62'435.609,03, rubro superior al establecido por el A Quo; no obstante, y como quiera que ello no fue objeto de apelación dicho valor se confirmará en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.

RETROACTIVO				
AÑO	PENSIÓN	REAJUSTE ANUAL	MESADAS	TOTAL
2.019	\$ 1.258.786,61	3,80%	9,53	\$ 12.000.432,35
2.020	\$ 1.306.620,50	1,61%	14	\$ 18.292.687,02
2.021	\$ 1.327.657,09	5,62%	14	\$ 18.587.199,28
2.022	\$ 1.402.271,42		9,67	\$ 13.555.290,39
TOTAL				\$ 62.435.609,03

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 mayo de 2019-, esto es, el 08 de noviembre de 2021 (archivo 02).

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 una presunta falta de prueba de la convivencia, no obstante, y como quedó visto desde la sentencia 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, se 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, por lo que la entidad demandada actuó con pleno desconocimiento de lo dispuesto jurisprudencialmente por la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Así las cosas, resultan procedentes los intereses moratorios, los que como quedó visto corren desde el segundo mes de haberse efectuado la reclamación, esto es, a partir del 21 de diciembre de 2019 (fls. 17 y 19 del archivo 01), tal y como lo dispuso el A Quo, por lo que tal condena también se confirmará.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Demandante: **LEONOR GARZÓN GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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 13 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

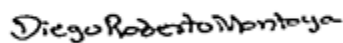
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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.

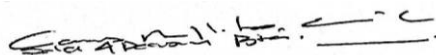
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00509 -01.

Demandante: **LEONOR GARZÓN GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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 05-023-2022-00221 -01.

Demandante: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de noviembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **ALBERTO AVELLA ABELLA** 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 ineficacia del traslado 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 aportes, rendimientos, bono pensional y gastos de administración.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Demandante: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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 **PROTECCIÓN S.A.** (archivos 7 y 9) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, el segundo impetró la excepción de compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir al actor en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que para declarar la ineficacia de la afiliación se debe tener en cuenta cada caso en concreto; que en este caso el interés que acoge al demandante es meramente económico, pues su inconformidad se fundamenta en qué no se puede pensionar antes de los 62 años, así como por el valor de su mesada pensional; que el demandante no se acerca a solicitar sus obligaciones como consumidor financiero a pedir su pensión anticipada; y que el demandante sí recibió información suficiente pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00221 -01.

Demandante: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

señala que realizó aportes voluntarios y que conocía que sus aportes constituirían una cuenta de ahorro individual.

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 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 Pensiones y Cesantías Santander 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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 23 de enero de 1990 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 36 a 41 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de junio de 2000 (fl. 88 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

Demandante: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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 88 del archivo 09 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de junio de 2000 con Pensiones y Cesantías Santander 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 el señor Avella Abella se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de junio de 2000) no era obligatorio

Demandante: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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 Pensiones y Cesantías Santander sólo le dijo que tendría una mejor pensión y que podría acceder a esta antes que de permanecer en el I.S.S., así como que su dinero constituiría una cuenta de ahorro individual, y que por su contador conoció la posibilidad de realizar aportes voluntarios para alcanzar beneficios tributarios; 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.

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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer que PROTECCIÓN S.A. además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión, debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, los valores pagados por concepto de **bonos pensionales, y comisiones**; la totalidad de 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 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: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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 el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer que PROTECCIÓN S.A. además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión, debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, los valores pagados por concepto de **bonos pensionales y comisiones;** la totalidad de 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 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00221 -01.

Demandante: **ALBERTO AVELLA ABELLA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

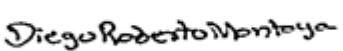
TERCERO. -. Sin costas en esta instancia.

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.

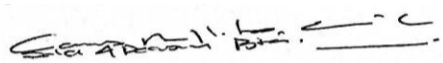
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA** contra la recurrente y **PROTECCIÓN S.A.**

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 A.F.P. Colmena S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, 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 del fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

privado al 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 **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** (fls. 83 a 144 del archivo 1 y 145 a 217 del mismo archivo) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

El A *Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por el ciudadano **Luis Carlos Sánchez Molina** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena hoy **AFP Protección** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - DECLARA que para todos los efectos legales el ciudadano **Luis Carlos Sánchez Molina** nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció al régimen de prima media con prestación definida de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO. - CONDENAR a la **AFP Protección** trasladar a **Administradora de Pensiones Colpensiones** todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del ciudadano **Luis Carlos Sánchez Molina** tales como aportes, bonos pensionales que se hubieren solicitado o rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, primas de seguros por pólizas provisionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO. - DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por las entidades de la pasiva de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

QUINTO. - CONDENAR en costas a la **AFP Protección** únicamente liquidense por secretaria inclúyanse en ellas la suma de un millón de pesos (**\$1.000.000**), valor en que se estiman las agencias en derecho.

SEXTO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

2.4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES alegó que el retorno del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se encuentra inmersa en una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

prohibición enmarcada en la Ley 100 de 1993, pues al momento de solicitar su retorno tenía 61 años de edad; que no se configura un vicio en el consentimiento en los términos del artículo 1508 del Código Civil; que la imposición del deber de información se traduce en una carga desproporcionada, en virtud de que a partir del año 2014 se hizo exigible la realización de la doble asesoría y previamente sólo era necesario la suscripción del formulario de afiliación; y que actúa como un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la A.F.P. demandada, por demás que no puede resultar favorecida ni perjudicada con este, pues nada tuvo que ver con la decisión de traslado.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual fue presentado por la demandante 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 a A.F.P. Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. al R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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 22 de marzo de 1991 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 13 a 14 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. el 05 de diciembre de 1995 (fl.186 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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. Del caso en concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 186 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de diciembre de 1995 con A.F.P. Colmena S.A. 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*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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 Sánchez Molina se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de diciembre 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 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 señaló que no recibió asesoría por parte de un funcionario de la A.F.P. Colmena S.A hoy PROTECCIÓN S.A., que el formulario de afiliación fue diligenciado y entregado por el asesor contable del demandante, señalando que debía firmarlo, sin brindar información de las consecuencias del traslado de régimen, que posteriormente no recibió información por parte del fondo privado y, que no comprendía la información de los documentos que allegaba la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. tales como extractos, comunicaciones y demás; 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.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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.

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 tercero** 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, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros por pólizas provisionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones**; rubros que en su totalidad 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.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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. – **MODIFICAR el numeral tercero** 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, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros por pólizas provisionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto del **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones;** rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00396-01.

Demandante: LUIS CARLOS SÁNCHEZ MOLINA

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

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.

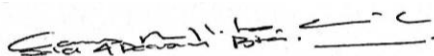
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00489-01.

Demandante: **JERLEY ALEXIS FRANCO.**

Demandado: **TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **JERLEY ALEXIS FRANCO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S., y META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA.**

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 con INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S. hoy TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S.; que la relación laboral finalizó con ocasión a un despido indirecto; y que al momento de la finalización del vínculo contaba con estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia de lo anterior, pretende la ineficacia del despido, y por ende su reintegro, que las demandadas en solidaridad paguen la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como los salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social dejados de percibir desde su desvinculación hasta su reintegro.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Se vinculó como trabajar de INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S. mediante contrato de obra o labor, devengando \$1'825.000, para desempeñar el cargo de Almacenista III para el proyecto de construcción de los edificios de alojamiento, facilidades operativas y de bienestar, en el bloque rubiales celebrado entre META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA e INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S.; **2)** El 28 de junio de 2015 fue requerido por su empleador para apoyar y cargar una mercancía pesada, lo que le generó una lesión lumbar que se ha agravado con el paso del tiempo; **3)** Lo anterior se lo comunicó a su jefe inmediato, no obstante, la empresa no reportó el siniestro como accidente de trabajo, por lo que tuvo que acudir a su E.P.S. en donde se le diagnosticó una extrusión discal L5-S1 con radiculopatía 5 bilateral de predominio derecho, disponiéndose formalmente la calificación de tal patología; **4)** Comunicó al médico de INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S. sus órdenes médicas, incapacidades, y el resumen de su valoración el 24 de septiembre de 2015; la lectura de la radiografía, historia clínica, incapacidad por 15 días, órdenes de terapias y cita de control, el 13 de octubre de 2015; e historia clínica autorización de resonancia magnética y control de ortopedia, el 23 de octubre de 2015; **5)** El 18 de enero de 2016 recibió atención en la Clínica Ortohand S.A.S. donde se determinar que padece de Lumbociatica Derecha, lo que se comunicó el 24 del mismo mes y año; **6)** El 26 de enero de 2016, el médico de su empleador, Dr. Javier Fernando Mejía Hernández informó su situación de salud a la Ingeniera Heidy Amezquita, Directora de Seguridad y Salud de INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S.; **7)** El 01 de febrero de 2016, E.P.S. Cafesalud remitió derecho de petición a INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S. solicitando documentos para dar inicio a la calificación integral de su estado de salud, por lo cual el 09 del mismo mes y año autoriza al Departamento de Medicina Laboral convenio E.P.S. Cafesalud para la entrega y uso de la información contenida en la historia clínica; **8)** El 16 de febrero de 2016 remitió el requerimiento realizado por E.P.S. Cafesalud a la empresa; **9)** El 15 y 16 de marzo y 20 de abril de 2016 solicitó una cita con la gerencia general del empleador para exponer su situación de salud; **10)** El 30 de marzo de 2016 envió al empleador su historia clínica y diagnóstico de cita con cirugía de columna; **11)** El 09 de abril de 2016, se retiró el requerimiento de E.P.S. Cafesalud,

solicitando información para la calificación de su estado de salud; **12)** El 03 de junio de 2016 acudió a su E.P.S. para continuar con su tratamiento, no obstante su empleador se encontraba en mora; **13)** El 06 de junio de 2016 interpuso acción de tutela para lograr la protección de su derecho fundamental de la salud, la que resultó favorable, empero que su empleador no cumplió, por lo que tuvo que iniciar incidente de desacato; **14)** El 25 de julio de 2016 radicó queja ante el Ministerio de Trabajo; y **15)** El 25 de julio de 2016 presente renuncia motivada.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA (fls. 128 a 146 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

No aceptó ningún hecho. Adujo que, el único empleador de la actora era TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S., con quien si bien suscribió un contrato el 15 de abril de 2015, cuyo objeto era la construcción de edificios de alojamiento, facilidades operativas administrativas y de bienestar del campamento Alcaraván en el Bloque Rubiales, esta gozaba de plena autonomía técnica, financiera, administrativa y directiva; que frente a dicho contrato se celebraron dos otro sí con el fin de extender su duración hasta el 30 de junio de 2016, sin embargo, el 29 de marzo de tal anualidad, se celebró una transacción en la que ambas compañías se declararon a paz y salvo; que dentro del giro ordinario de sus funciones no se encuentra las actividades que desplegó el actor en cumplimiento del contrato celebrado con TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S.; que a la fecha de renuncia del actor no se encontraba vigente el aludido contrato; y que en todo caso no se demuestra un P.C.L. igual o superior al 15% para que el actor sea beneficiario de una estabilidad laboral reforzada.

TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. (fls. 169 a 196 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

No aceptó ningún hecho. Señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo de obra o labor el 06 de junio de 2015, para que el demandante prestara sus servicios como Almacenista III para el contrato 5500004630 cuyo objeto era la construcción de vivienda; que los contratos de la empresa eran realizados por el Dr. Carlos Antonio Cárdenas Rodríguez quien es el apoderado del actor; que el demandante en ningún momento comunicó alguna inconformidad sobre su contrato de trabajo; que al actor siempre se le pagó sus aportes a seguridad social, por lo que tuvo atención médica por parte de su E.P.S., pues el demandante padecía de una enfermedad general; y que en virtud de la crisis del petróleo, la empresa se vio gravemente impactada su situación económica y financiera, por lo que se encontró en imposibilidad de cumplir algunas de sus obligaciones laborales, no obstante, siempre actuó de buena fe.

2.2. Llamamiento en Garantía.

META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 147 a 150 del archivo 01), quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, proponiendo las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción (fls. 290 a 305 del archivo 01).

No aceptó ningún hecho. Manifestó que expidieron la póliza N° 21-45-101163205 anexo 3 siendo tomador TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. y beneficiario META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA con vigencia del 24 de abril de 2015 al 31 de diciembre de 2020, y que esta tiene en entre sus coberturas el pago de salarios y prestaciones sociales; y que no hay lugar a declarar solidaridad con META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA, puesto que el objeto social de esta es distinto de las actividades que desarrolló TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S.; y que no tiene cobertura frente a la existencia de un contrato a término indefinido.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el actor e INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S.; que para considerar que un 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; 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 dicho estado de salud; y que lo que se sanciona es que el acto este perseguido de un acto discriminatorio, sin embargo, esto no se acreditó, pues la terminación que se alegó fue por el incumplimiento en el pago de acreencias laborales sin especificarse cuáles.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que del acervo probatorio es posible establecer el estado de salud del demandante, así como que el empleador conocía tal situación; que fue el empleador quien no permitió la evaluación médica del trabajador, no siendo posible su calificación de P.C.L.; que la terminación del contrato de trabajo se fundamentó en la discapacidad laboral y el incumplimiento por parte de la demandada, por demás que TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. únicamente demostró los pagos de octubre a diciembre de 2015, y no los posteriores ni su liquidación, pese a que la terminación fue en julio de 2016; y que tuvo que renunciar porque su esposa se encontraba en estado de embarazo y tenía responsabilidades económicas.

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 las demandadas y de la llamada en garantía, 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 establecer que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

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, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de*

calificación de pérdida de la capacidad laboral"; criterio que reiteró en sentencia SL1152-2023.

Del mismo modo, 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.

Sentadas las anteriores premisas, encuentra la Sala que entre el demandante y TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. se celebró un contrato de trabajo de obra o labor para que el primero desempeñara el cargo de Almacenista III, ejecutando labores de apoyo al área de almacén y las demás

que le asignara la empresa para el contrato 550004330 en el proyecto *“Construcción de los edificios de alojamiento, facilidades operativas, administrativas y de bienestar del campamento Alcavarán, en el bloque Rubiales celebrado entre META PETROLEUM CORP E INTEGRASUN LATINOAMERICA S.A.S.”* (fls. 18 a 28 del archivo 01).

En cuanto a la condición de salud del demandante se tiene constancia que el 24 de septiembre de 2015 acudió al Hospital Regional del Valle de Tenza por presentar dolor lumbar; que el 09 y 23 de octubre del mismo año estuvo en ortopedia, siendo incapacitado por tal condición de salud; y que el 18 de enero de 2016 en la Clínica Orthohand se determinó que padecía de un Lumbago Con Ciática, y el 01 de marzo del mismo año, de una discopatía lumbar, artrosis facetaria L5-S1, y radiculopatía de miembro inferior derecho (fls. 29 a 48 del archivo 01)

De esta manera, para la Sala es claro que el accionante presentaba una deficiencia física originada en una condición especial en su zona lumbar que al presentar artrosis no era temporal ni transitoria, por lo que, ciertamente tal patología podía impedir al trabajador su integración profesional o el desarrollo de sus roles ocupacionales, por cuanto al desempeñar laborales como Almacenista se encontraría con restricciones o desventajas frente a otros trabajadores en iguales condiciones.

Así las cosas, es dable considerar que por la condición de salud que presentaba el demandante este gozaba de una protección reforzada; estado que era conocido por el empleador, pues en el plenario obran múltiples comunicaciones remitidas por su trabajador informando acerca de sus incapacidades, así como de la E.P.S. Cafesalud quien también lo requirió para efectos de que fuera enviada documentación para establecer el P.C.L. del trabajador (fls. 31 a 35, 39 a 41, 43, 44, 49, y 53 a 56 del archivo 01).

De esta manera, sería dable presumir que el despido del trabajador fue con ocasión del estado de salud aludido, sino fuera porque lo que se encuentra es que el demandante renunció el 25 de julio de 2016; escrito en el que este señaló que desde el mes de diciembre de 2015 el empleador INTERASUN ha venido incumpliendo reiteradamente de manera

injustificada con el pago de salario, seguridad social, primas legales y extralegales, bonos por acuerdos de convenios sindicales, todos estos pagos con retardo y lo convenido en el contrato de trabajo, así como por el abandono total por parte del empleador al no tener en cuenta su estado de salud, poniendo en riesgo su integridad, dignidad y a su familia, la falta de coadyuvancia del empleador en el trámite de su calificación de origen de la enfermedad y P.C.L. (fls. 74 a 76 del archivo 01).

Así las cosas, le correspondía al empleador acreditar el cumplimiento de las obligaciones que se aducen fueron incumplidas, pues con ello se podría plenamente concluir que la renuncia del trabajador no tiene ningún fundamento y que, por ende, fue libre y voluntaria.

Verificado el acervo probatorio, encuentra la Sala que TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. acreditó el pago de nómina hasta octubre de 2015, Bonos Gaitán Pass hasta noviembre de 2015, y aportes a seguridad social hasta diciembre de 2015 (fls. 210 a 214 y 219 a 223 del archivo 01), por lo que, con tal documental no se encuentra demostrado el cumplimiento de las obligaciones que le asistían a dicho empleador; asimismo, observa la Sala que el 01 de febrero y 18 de abril de 2016, E.P.S. Cafesalud requirió al empleador del demandante para que allegara formato único de reporte de enfermedad laboral- FUREL, evaluaciones médicas ocupacionales de ingreso, periódicas o de egreso, análisis de puesto de trabajo con énfasis osteomuscular “ángulos de movimiento columna, evidencias, fotográficas”, matriz de riesgo o panorama de factores de riesgo, copia la última planilla de pago PILA, y certificado de cargos y funciones realizadas por el trabajador descritos en forma cronológica desde su ingreso a la empresa, no obstante, no se allegó prueba de que el empleador hubiera remitido tal información, aun cuando el trabajador tuvo incoar acción de tutela para lograr respuesta sobre el requerimiento efectuado por la E.P.S., acción de tutela que sea dicho de paso le fue favorable, inició incidente de desacato, y este también se desatendió (fls. 41, 54, 55, y 60 a 72 del archivo 041).

Del mismo modo, tampoco se encuentra que el empleador hubiera desplegado actividades encaminadas a demostrar la realización de ajustes razonables en las condiciones laborales del trabajador por su estado de

salud, pues contrario a ello, del comportamiento del empleador lo que se logra colegir es una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, por manera que al evidenciarse tal escenario, resulta factible establecer que la terminación del contrato elevada por el demandante se encuentra debidamente fundamentado, y que en consecuencia el empleador incurrió en un abandono de sus obligaciones lo que estuvo en detrimento de su estado de salud.

Por tanto, se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se DECLARARÁ LA INEFICACIA de la terminación del contrato de trabajo realizado por el demandante frente a su empleador TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. por tratarse de una persona que se encontraba amparada por el fuero de salud de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Prescripción.

Encuentra la Sala que la relación laboral finiquitó el 25 de julio de 2016, por lo que desde tal data eran exigibles los derechos que aquí se pretenden, de modo que al demandarse el 24 de julio de 2019 (fl.94 del archivo 01), no alcanzó a operar el fenómeno de la prescripción, pues se accionó dentro de los tres años después de haberse causado. Lo dicho, de conformidad con los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. Asimismo, se notificó la demanda dentro del año de su admisión, pues esto acaeció el 22 de enero de 2020 y a la última demandada notificada, TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. el 05 de noviembre del mismo año (fl.95, y 151 a 154 del archivo 01)

Modalidad Contractual del Demandante y Reintegro.

El contrato de obra o labor es aquel se firma por el tiempo que dure la ejecución de una obra, actividad o labor determinada, tal y como se desprende del artículo 45 del C.S.T. que señala que el contrato de trabajo se puede pactar “*por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*”, de modo que, debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo concluye teniéndola en cuenta, pues de allí es de

donde resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución (CSJ SL3796-2017).

Del mismo modo, CSJ Rad. 54003 del 24 de abril de 2014, reiterada en CSJ Rad. 48879 del 19 de octubre de 2016, y CSJ SL4909-2020, establece que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *“libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...”*.

De esta manera, el empleador podía acudir a la modalidad contractual que más le conviniera, ya fuera un contrato de trabajo a término indefinido o un contrato de obra o labor; no obstante, el tiempo que dura la realización de una obra o labor determinada tiene un límite que se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, de modo que, en virtud del principio de primacía de realidad, es posible establecer que un contrato que fue pactado formalmente por obra o labor contratada, en realidad atiende a la naturaleza jurídica de un contrato a término indefinido (CSJ SL20718-2017).

Así las cosas, observa la Sala que el demandante se vinculó mediante contrato de obra o labor (fls. 18 a 28 del archivo 01), no obstante, solicitó la declaratoria de un contrato a término indefinido. Al punto, es menester advertir que el actor no desplegó ningún tipo de actividad probatoria para demostrar que el contrato que suscribió y para el cual fue empleado se hubiera perpetuado en el tiempo y que, por ende, en virtud del principio de la primacía de la realidad pueda ser tenido como a término indefinido, por lo que, se tendrá que para todos los efectos que el contrato pactado entre las partes lo fue de obra o labor contratada; esto cobra más fuerza si se tiene en cuenta que en el archivo 02 se encuentra que según constancia del 08 de julio de 2022 al contrato 5500004630, se dio terminación el 30 de junio

de 2016, de modo que no es dable considerar que la labor para la cual fue contratado tenía una naturaleza indefinida (archivo 02).

En cuanto al reintegro de un contrato de obra o labor en el que su objeto se ha visto extinto, CSJ SL2586-2020 y CSL SL950-2023 enseñó que la estabilidad reforzada derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, procede en todas las modalidades del contrato de trabajo, empero, que al estarse frente a un contrato a término definido, se debe acreditar que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, y que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a dicho término.

En ese orden de ideas, se itera que el demandante fue contratado como Almacenista y para ejecutar labores de apoyo al área de almacén y las demás que le asignara la empresa para el contrato 550004330 en el proyecto *“Construcción de los edificios de alojamiento, facilidades operativas, administrativas y de bienestar del campamento Alcavarán, en el bloque Rubiales celebrado entre META PETROLEUM CORP E INTEGRASUN LATINOAMERICA S.A.S.”* (fls. 18 a 28 del archivo 01).

Ahora bien, en el archivo 02 se encuentra que según constancia del 08 de julio de 2022 al contrato 5500004630, se dio terminación el 30 de junio de 2016 (archivo 02), no obstante, frente a dicho contrato se avizora que el 03 de agosto de 2016 y el 31 de enero de 2018 se suscribieron actas de liquidación parcial con META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia, y que sólo a través de la aludida acta del 08 de julio de 2022 se liquidó completamente dicha relación, quedando las demandadas a paz y salvo de cualquier tipo de obligación, entre ellas, por lo que, sólo hasta esta última calenda es posible determinar la expiración de la relación contractual entre las demandadas, y por ende del objeto para el cual fue contratado el accionante, téngase presente que dentro del contrato no sólo se asignaron las labores de Almacenista sino también *“las demás que la empresa le asignara para el contrato 5500004630”*.

En consecuencia, y dado que se encuentra acreditada la extinción de la obra o labor para el que fue contratado el demandante, únicamente es dable ordenar el reintegro desde el 26 de julio de 2016 hasta el 08 de julio de 2022, en virtud de las facultades *minus* o *infra petita*, en consecuencia se CONDENARÁ a TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. a dicho reintegro así como al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social integral dejados de percibir desde el 26 de julio de 2016 hasta el 08 de julio de 2022; en tratándose de aportes a pensión estos deberán ser pagados con la respectiva mora, y no a través de cálculo actuarial, pues medio afiliación por parte del empleador.

**Indemnización de que trata el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
Liquidación de Salarios y Prestaciones Sociales. Compensación.**

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin tienen derecho a una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el reintegro se ordenó desde el 26 de julio de 2016 hasta el 08 de julio de 2022, que el salario asignado al trabajador fue la suma de \$1'825.000, y que únicamente se pretendieron los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el retiro, se tiene que se adeudan los siguientes valores:

- **Indemnización Art. 26 Ley 361 de 1997, \$10'950.000.**
- **Salarios, \$132'190.833,33.**
- **Cesantías, \$10'863.819,44.**
- **Intereses a las cesantías, \$1'303.658,33**
- **Prima de servicios, \$10'863.819,44.**

Por otra parte, y revisado el plenario no se encuentra pago alguno por los conceptos objetos de condena, por lo que no es dable considerar que operó la excepción de prescripción.

Indexación.

Las condenas aludidas se deberán pagar debidamente indexadas por cuanto han sido objeto de depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero; se aclara que su imposición oficiosa es viable como quiera que no comporta una condena adicional a la requerida, y por ello con ella no se afecta el principio de congruencia (CSJ SL359-2021 reiterada en la CSJ SL859-2021 y CSJ SL3650-2021).

Solidaridad.

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante, según lo dispone el artículo 34 del C.S.T. En ese sentido, CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

En el caso, observa la Sala que el objeto social de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia, es llevar a cabo negocio y actividades de exploración, explotación, desarrollo, importación, exportación, comercialización, distribución mayorista y minorista a través de estaciones de servicio automotriz, de aviación, marítima, o fluvial, almacenamiento, consumo, refinación, manejo, transporte y demás actividades de hidrocarburos, incluyendo, pero sin limitarse al petróleo, gas y combustibles líquidos derivados del petróleo, así como de recursos minerales, minería; igualmente, dicha empresa puede realizar todo tipo de **actos** y contratos, privados o públicos, que incluyen pero no se limitan, entre otros, al diseño, **obra, operación, mantenimiento**, compraventa, uso, usufructo, entre otras, sobre o relacionados con derechos personales o **reales, y bienes raíces** o muebles (fls. 99 a 127 del archivo 01).

En tales condiciones, se considera que las actividades desarrolladas por el demandante como Almacenista III no eran extrañas o ajenas al objeto principal, pues podía desarrollar cualquier tipo de actividad que le fuera asignada con ocasión del contrato 5500004630, proyecto que tenía que ver con la construcción de los edificios de alojamiento, facilidades operativas, administrativas y de bienestar, del campamento Alcaraván en bloque Rubiales, lo que quedó visto podía ser desarrollado directamente por dicha demandada al tener inmerso dentro de su objeto social la posibilidad de celebrar actos de obra, operación y mantenimiento sobre o relacionados con derechos reales y bienes raíces. Por tanto, se CONDENARÁ en solidaridad a META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia.

Responsabilidad de las Llamadas en Garantía.

Como quiera que quien llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A. fue META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA, y este responde en solidaridad se hace necesario verificar los términos de la póliza de seguros. Al punto, observa la Sala a folios 347 a 372 del archivo 01 se allegó la póliza 21-45-101163205 con vigencia del 24 de abril de 2015 al 31 de diciembre de 2020, estableciéndose que su objeto es garantizar “INDEMNIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL CONTRATO NO.5500004630 PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS EDIFICIOS DE ALOJAMEINTO, FACILIDADES OPERATIVAS, ADMINISTRATIVAS Y DE BIENESTAR, DEL CAMPAMENTO ALCARAVAN, EN EL BLOQUE RUBIALES”, incluyendo dentro de los amparos, salarios y prestaciones sociales. Al respecto, señala:

“este amparo cubre al asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral a cargo del tomador/garantizado con sus trabajadores, relacionadas con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del contrato garantizado y sobre las cuales sea solidariamente responsable el asegurado”

Así las cosas, se considera que los salarios y prestaciones sociales adeudadas se encontraban amparados en dicha póliza, por lo que se CONDENARÁ a dicha entidad al pago de las condenas impuestas a favor del trabajador JERLEY ALEXIS FRANCO como aseguradora, las que se deberán

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00489-01.

Demandante: **JERLEY ALEXIS FRANCO.**

Demandado: **TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. Y OTROS.**

reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de la póliza de seguro 21-45-101163205.

Finalmente, se aclara que, frente a la excepción de prescripción propuesta por la aseguradora, que el artículo 1081 del C.Co. establece que la ordinaria es de dos años y empieza a correr desde el momento en que el interesado ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y la extraordinaria de cinco años que corre contra toda clase de personas y empieza a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho; por ende, el medio exceptivo no está llamado a prosperar por cuanto sólo a través del conocimiento de esta causa, se declara a cargo de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA su obligación solidaria en el pago de acreencias laborales a favor del trabajador demandante.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. y de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia a favor del demandante, y de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia.

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 DESPIDO INDIRECTO, y como consecuencia DECLARAR LA INEFICACIA de la terminación del

contrato de trabajo de obra o labor realizado por JERLEY ALEXIS FRANCO frente a su empleador TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. por tratarse de una persona que se encontraba amparada por el fuero de salud de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

B. CONDENAR a TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. a tener por reintegrado a JERLEY ALEXIS FRANCO durante el 26 de julio de 2016 y el 08 de julio de 2022; periodo por el que dicha demandada junto con META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia, deben reconocer y pagar en solidaridad, los siguientes valores y conceptos debidamente **indexados** al momento de hacerse efectivo su pago:

- **Indemnización del Art. 26 de la Ley 361 de 1997**, \$10'950.000
- **Salarios**, \$132'190.833,33.
- **Cesantías**, \$10'863.819,44.
- **Intereses a las cesantías**, \$1'303.658,33
- **Prima de servicios**, \$10'863.819,44.

C. CONDENAR en solidaridad a TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. y a META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia, a reconocer y pagar a favor de JERLEY ALEXIS FRANCO por concepto de **aportes a seguridad social integral** del 26 de julio de 2016 al 08 de julio de 2022. Los aportes a pensión deberán pagarse con la respectiva mora.

D. CONDENAR a SEGUROS DEL ESTADO S.A. al pago de las condenas impuestas META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia y, a favor del trabajador JERLEY ALEXIS FRANCO, como aseguradora; dichas condenas se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de la póliza de seguro 21-45-101163205.

E. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción y de compensación.

Demandante: **JERLEY ALEXIS FRANCO.**

Demandado: **TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. Y OTROS.**

F. ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en contra de las demandadas y de la llamada en garantía.

SEGUNDO. -. Costas en ambas instancias a cargo de TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. y de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia a favor del demandante, y de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia.

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.

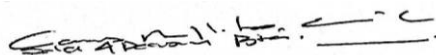
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2019-00489-01.

Demandante: **JERLEY ALEXIS FRANCO.**

Demandado: **TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. Y OTROS.**

AUTO

Se señala a cargo de TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. y de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia como agencias en derecho la suma de \$1'500.000 a favor del demandante; y de SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA hoy Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

1. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **ALEIRO VERJEL DURÁN**, la **PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA – EN LIQUIDACIÓN** y **BARRAS TUBOS Y PERFILES S.A. – EN LIQUIDACIÓN** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra las empresas mencionadas y contra **ALBERTO CORREDOR GONZÁLEZ** y **RAFAEL CORREDOR GONZÁLEZ**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita, de forma principal, que los demandados sean obligados a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensión desde el 5 de octubre de 1999 al 9 de junio de 2001 con destino a Colpensiones junto con los intereses moratorios por falta de pago, costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicita la misma condena, pero solo de las dos sociedades demandadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: El 1° de febrero de 1999 celebró contrato a término indefinido con la Productora Corredor Andina Ltda y Barras Tubos y Perfiles S.A. que culminó el 9 de junio de 2001; durante el lapso del 5 de octubre de 1999 al 9 de junio de 2001 el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y que la sociedad Barras Tubos y Perfiles Ltda se transformó en sociedad anónima Barras Tubos y Perfiles BPT SA (*archivo aleiroverjeldemandapdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Los demandados Productora Corredor Andina Ltda, Alberto Corredor González y Rafael Corredor González contestaron la demanda en un solo escrito y en cuanto a los hechos aceptaron que la primera suscribió contrato de trabajo con el actor desde el 5 de octubre de 1999 al 9 de junio de 2001, que sus prestaciones fueron pagas, así como los aportes a seguridad social por dicho periodo, *los cuales fueron recibidos junto con su liquidación.* Propuso la excepción de cobro de lo no debido (*archivo 13anexo1contestacionpdf*).

Por su parte, Barras Tubos y Perfiles S.A. BPT S.A en liquidación, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones y señaló que con el demandante no suscribió contrato de trabajo, por lo que no era procedente el cobro de aportes al sistema de seguridad social. Formuló como excepciones la inexistencia del contrato y falta de legitimación en causa por pasiva (*archivo 21anexo1contestacionbarratubospdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

Se trata de la sentencia proferida por el *a quo* en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.

Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.

Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante ALEIRO VERJEL DURAN y las sociedades demandadas PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA – EN LIQUIDACIÓN y BARRAS TUBOS Y PERFILES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el día 05 de octubre de 1999 y como extremo final el día 09 de junio de 2001, devengando como salario la suma de un \$302.500.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA – EN LIQUIDACIÓN y BARRAS TUBOS Y PERFILES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, al pago en favor del demandante del cálculo actuarial por el periodo comprendido **entre 05 de octubre de 1999 al 09 de junio de 2001**, conforme a un salario de \$302.500 y de acuerdo a la liquidación que para el efecto realice la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a entera satisfacción de dicha entidad.

TERCERA: ABSOLVER a ALBERTO CORREDOR GONZÁLEZ y RAFAEL CORREDOR GONZÁLEZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA – EN LIQUIDACIÓN, BARRAS TUBOS Y PERFILES S.A. – EN LIQUIDACIÓN, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que de acuerdo con las certificaciones laborales emitidas por las sociedades demandadas se configura la existencia del contrato de trabajo en los extremos indicados por el actor, y al no existir pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones ordenó su reconocimiento a través de cálculo actuarial. Respecto de los demás demandados, indicó que no hubo prueba que configure la solidaridad con las sociedades llamadas a juicio no les endilgó responsabilidad alguna.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

La parte actora inconforme parcialmente con la decisión aseveró que la condena debió extenderse solidariamente a los demandados Alberto Corredor González y Rafael Corredor González, por cuanto las compañías limitadas son sociedades de personas.

A su turno, la demandada Barras Tubos y Perfiles S.A. BPT S.A., indicó que se debe revocar lo numerales 1 y 2 del fallo, pues en su sentir, no existió contrato de trabajo con el actor, pues la renuncia se presentó a la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

otra sociedad y pagada por ésta, aunado a que, si bien funcionaba con la otra sociedad en la misma dirección, su objeto social diferente era diferente. Respecto de los demás llamados a juicio no hizo pronunciamiento alguno.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 23 de mayo de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las recurrentes 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.

3. 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:

¿Es viable ampliar la condena impuesta por el *a quo* a los socios de una sociedad limitada? y ¿Es dable excluir de la condena a la empresa Barras Tubos y Perfiles S.A. BPT S.A.?

Tesis

Modificar parcialmente la decisión de primer grado.

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

3.1. De la responsabilidad de la sociedad limitada.

Sea lo primero indicar que, desde el punto de vista de nuestra legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas: i) las

sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado, ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones.

Las primeras se constituyen en razón a la confianza entre los socios, por lo que pueden limitar la admisión de nuevos asociados, y en caso de que uno de ellos decida disponer de sus participaciones en el capital social, deberá contar con el conocimiento y la aprobación de los demás y cumplir con las formalidades que para el caso se establecen en la legislación societaria. La regulación legal entrega la representación y la administración de la sociedad a los socios y en el artículo 358 el Código de Comercio señala que para las sociedades limitadas " *la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios*".

Entre tanto, las sociedades de capital o por acciones, el fundamento que motiva su creación es la constitución de un capital social que permita la explotación económica de un proyecto en común o una empresa, ésta es la razón por la que sus aportes se representan a través de títulos de fácil circulación, que se denominan acciones. Esta forma de titularidad desplaza la figura del propietario por la del accionista en procura de una mejor circulación de los títulos, que a su vez exige que la representación y administración no esté en cabeza de todos los socios, sino que, es necesario el nombramiento de administradores y revisores fiscales que promuevan y vigilen las actividades societarias.

Por ello, una vez que el asociado realice el aporte al capital, su voluntad adquiere una característica anónima, es así como el principal efecto es que la persona queda desvinculada de las responsabilidades y obligaciones que asuma la sociedad. En las sociedades de capital una vez efectuados los aportes, los asociados carecen de importancia para los terceros, en razón a que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones o cuotas partes sin que se pueda extender al patrimonio propio de cada socio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.

Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.

Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

Contrario a lo dicho, para el caso de las sociedades limitadas, la responsabilidad de cada socio se extiende más allá de su participación económico en la sociedad, arriesgando no sólo su participación en la sociedad, sino su propio patrimonio. Al respecto, el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que: *"son solidariamente responsables de todas 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"*.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de manera pacífica desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009 rad. 29522, reiterada entre otras CSJ SL4192-2022 y CSJ SL953-2023, en las que ha permitido la responsabilidad de los socios en las sociedades limitadas, pero sólo hasta el límite de su aporte, así lo explicó:

Ahora bien, la condena que le cabe a cada uno de los socios la limita la ley al de su responsabilidad societaria, que no es otra que el valor de su cuota social. Por esta razón no procede condena por una obligación sin límites, como lo supone la de una pensión de sobrevivientes de carácter vitalicio. De esta manera la que se ha de imponer, lo ha de ser por el valor de las mesadas pensionales causadas y hasta un monto igual, para cada socio, al del valor de su cuota social, lo anotado de conformidad con el art. 36 del C.S.T. que establece que en las sociedades de personas la responsabilidad de los socios se extiende de manera solidaria hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, que es una cantidad equivalente a su aporte inicial, pues se trata de una responsabilidad solidaria adicional de los socios, que garantiza a los acreedores laborales, la existencia del fondo social para la satisfacción de sus acreencias; en lo que respecta a esta clase de créditos, la sociedad de responsabilidad limitada se comporta como una sociedad colectiva, en donde los socios responden solidariamente pero no ilimitadamente, sino hasta el límite de sus aportes.

Entender lo contrario, esto es, que el socio se libera de su responsabilidad efectuando su aporte a la sociedad y que es ésta quien en definitiva ha de responder, es dejar en letra muerta, como en realidad ha sucedido, la responsabilidad solidaria que establece el artículo 36 del C.S.T., como garantía de los trabajadores.

3.2. Del caso concreto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

A efectos de resolver el caso los problemas jurídicos planteados, se debe empezar por indicar que no fue motivo de discusión en esta instancia que i) que entre el actor y la empresa Productora Corredor Andina Ltda se celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de octubre de 1999 al 9 de junio de 2001 y ii) que el empleador al ausentarse del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones los deberá cubrir a través de cálculo actuarial que realice Colpensiones.

Por lo tanto, frente al motivo del recurso de la demandante, verifica esta Sala que a folios obra certificado de existencia y representación de la empresa Productora Corredor Andina Ltda, en la que se constata su calidad de sociedad limitada y los aportes realizados por los socios:

CERTIFICA:	
NOMBRE : PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA - EN LIQUIDACION	
N.I.T. : 830003787-2	
DOMICILIO : BOGOTÁ D.C.	
CERTIFICA:	
MATRICULA NO: 00644206 DEL 28 DE ABRIL DE 1995	
CERTIFICA:	
RENOVACION DE LA MATRICULA :21 DE SEPTIEMBRE DE 2010	
ULTIMO AÑO RENOVADO : 2010	
ACTIVO TOTAL : 17,065,000	
TAMAÑO EMPRESA : MICROEMPRESA	
CERTIFICA:	
DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL : CR 11 NO. 71-41 OF 603	
MUNICIPIO : BOGOTÁ D.C.	
DIRECCION COMERCIAL : CR 11 NO. 71-41 OF 603	
MUNICIPIO : BOGOTÁ D.C.	

CERTIFICA:	
CAPITAL Y SOCIOS : \$ 1,000,000.00000 DIVIDIDO EN 1,000.00 CUOTAS	
CON VALOR NOMINAL DE \$ 1,000.00000 CADA UNA, DISTRIBUIDO ASI :	
- SOCIOS CAPITALISTA(S)	
CORREDOR GONZALEZ RAFAEL	C.C. 00019186192
NO. CUOTAS: 500.00	VALOR:\$500,000.00
CORREDOR GONZALEZ ALBERTO	C.C. 00019279479
NO. CUOTAS: 500.00	VALOR:\$500,000.00
TOTALES	
NO. CUOTAS: 1,000.00	VALOR :\$1,000,000.00000

De lo anterior, es dable concluir que los socios y demandados Alberto Corredor González y Rafael Corredor González tienen 500 cuotas por valor de \$500.000,00 pesos cada uno, para un total de \$1.000.000,00, por lo que fácil le resulta concluir a la Sala que le asiste la razón al recurrente en extender la condena impuesta a las personas naturales hasta el límite de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

sus aportes, es decir, hasta \$500.000 pesos para cada uno y así se resolverá en esta sentencia.

Respecto del segundo problema jurídico, relacionado con la exclusión de la condena a la empresa Barras Tubos y Perfiles S.A. BPT S.A., pues en sentir de la recurrente, no se valoró en debida forma las pruebas aportadas. Verifica la Sala, en primera medida, que las sociedades compartían dirección de funcionamiento, tal como se extrae de su respectivo certificado de existencia y representación legal:

NOMBRE : BARRAS TUBOS Y PERFILES S A BPT S A EN LIQUIDACION N.I.T. : 800189530-6 DOMICILIO : BOGOTÁ D.C.	CERTIFICA:
MATRICULA NO: 00539230 DEL 12 DE MARZO DE 1993	CERTIFICA:
RENOVACION DE LA MATRICULA :30 DE MARZO DE 2007 ULTIMO AÑO RENOVADO : 2007 ACTIVO TOTAL : 2,065,516,049 TAMAÑO EMPRESA : PEQUEÑA	CERTIFICA:
DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL : CRA. 11 NO. 71-41 OFC. 603 MUNICIPIO : BOGOTÁ D.C. EMAIL DE NOTIFICACION JUDICIAL : CONTABILIDAD@BTP.COM.CO DIRECCION COMERCIAL : CRA. 11 NO. 71-41 OFC. 603 MUNICIPIO : BOGOTÁ D.C. EMAIL COMERCIAL : CONTABILIDAD@BTP.COM.CO	CERTIFICA:
NOMBRE : PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA - EN LIQUIDACION N.I.T. : 830003787-2 DOMICILIO : BOGOTÁ D.C.	CERTIFICA:
MATRICULA NO: 00644206 DEL 28 DE ABRIL DE 1995	CERTIFICA:
RENOVACION DE LA MATRICULA :21 DE SEPTIEMBRE DE 2010 ULTIMO AÑO RENOVADO : 2010 ACTIVO TOTAL : 17,065,000 TAMAÑO EMPRESA : MICROEMPRESA	CERTIFICA:
DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL : CR 11 NO. 71-41 OF 603 MUNICIPIO : BOGOTÁ D.C. DIRECCION COMERCIAL : CR 11 NO. 71-41 OF 603 MUNICIPIO : BOGOTÁ D.C.	CERTIFICA:

Asimismo, el objeto social era idéntico, relacionado con la fabricación, distribución y venta de tuberías, varillas y productos de construcción, tal

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.

Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.

Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

como se extrae del mismo documento y de los interrogatorios de parte de los demandados:

Barras Tubos y Perfiles S.A. BPT S.A

CERTIFICA:

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TIENE POR OBJETO SOCIAL PRINCIPAL : LA FUNDICION Y MICROFUNDICION DE METALES COMO COBRE, ZIN, PLOMO, HIERRO ETC., PARA LA REALIZACION DE PRODUCTOS INDUSTRIALES, PARTES PARA MAQUINARIA, AMATERIA PRIMA, PARA CONSTRUCCION Y COMERCIALES, TUBERIA, ILAVES DE PASO, ETC. EN DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL PODRA : A) ADQUIRIR, USUFRUCTUAR, GRAVAR O LIMITAR, DAR O TOMAR EN ARRENDAMIENTO O A OTRO TITULO TODA CLASE DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES, Y ENAJENARLOS CUANDO POR RAZONES DE NECESIDAD O CONVENIENCIA FUERA ACONSEJABLE. B) TOMAR DINERO EN MUTUO, DAR EN GARANTIAS SUS BIENES MUEBLES O INMUEBLES Y CELEBRAR TODAS LAS OPERACIONES DE CREDITO QUE LE PERMITAN OBTENER LOS FONDOS Y OTROS ACTIVOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE LA EMPRESA Y CONFORME A LA LEY. C) CONSTITUIR COMPAÑIAS FILIALES PARA EL ESTABLECIMIENTO Y EXPLOTACION DE EMPRESAS DESTINADAS A LA REALIZACION DE CUALESQUIERA ACTIVIDADES COMPRENDIDAS EN EL OBJETO SOCIAL Y TOMAR COMO INTERES PARTICIPE, ASOCIADA O ACCIONISTA, FUNDADORA O NO, EN OTRAS EMPRESAS DE OBJETO ANALOGO O COMPLEMENTARIO AL SUYO, HACER APORTES EN DINERO, EN ESPECIES O EN SERVICIOS (SIC) A ESAS EMPRESAS, ENAJENAR SUS CUOTAS, DERECHOS O ACCIONES EN ELLAS, FUSIONARSE CON TALES EMPRESAS O ABSORBERLAS. D) EN GENERAL CELEBRAR O EJECUTAR TODA CLASE DE CONTRATOS, ACTOS Y OPERACIONES SOBRE BIENES MUEBLES DE CARACTER CIVIL O COMERCIAL,

Productora Corredor Andina Ltda:

CERTIFICA:

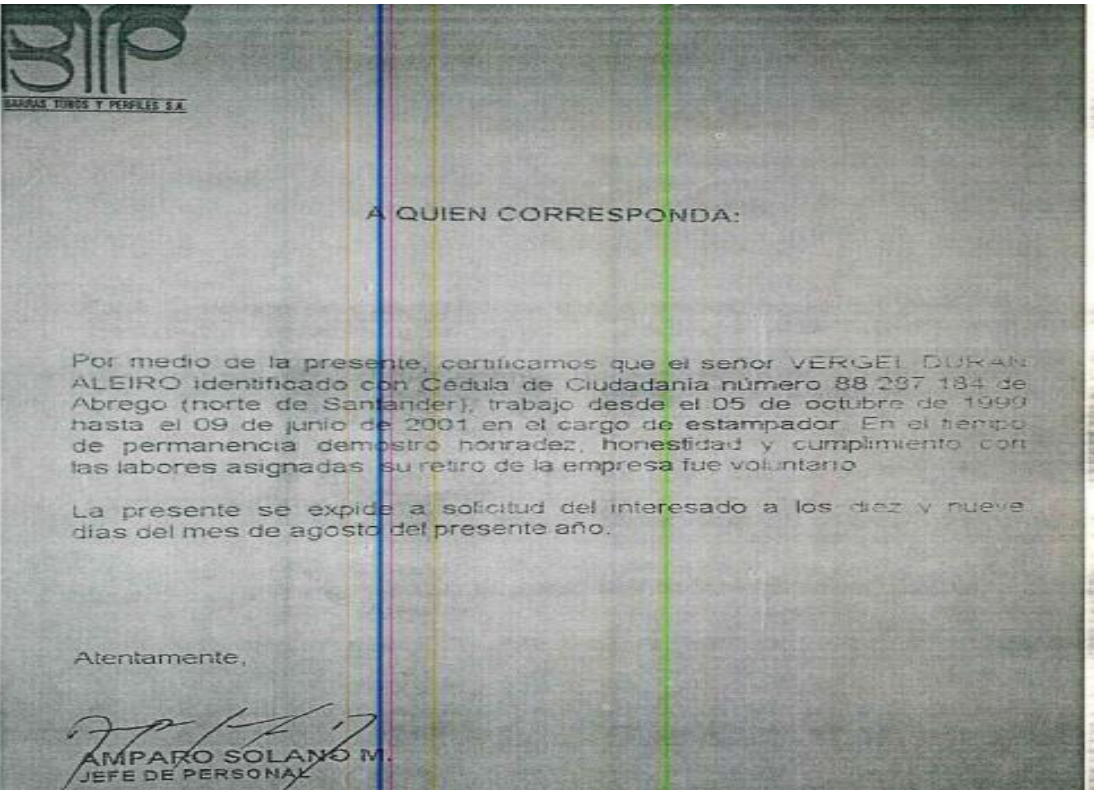
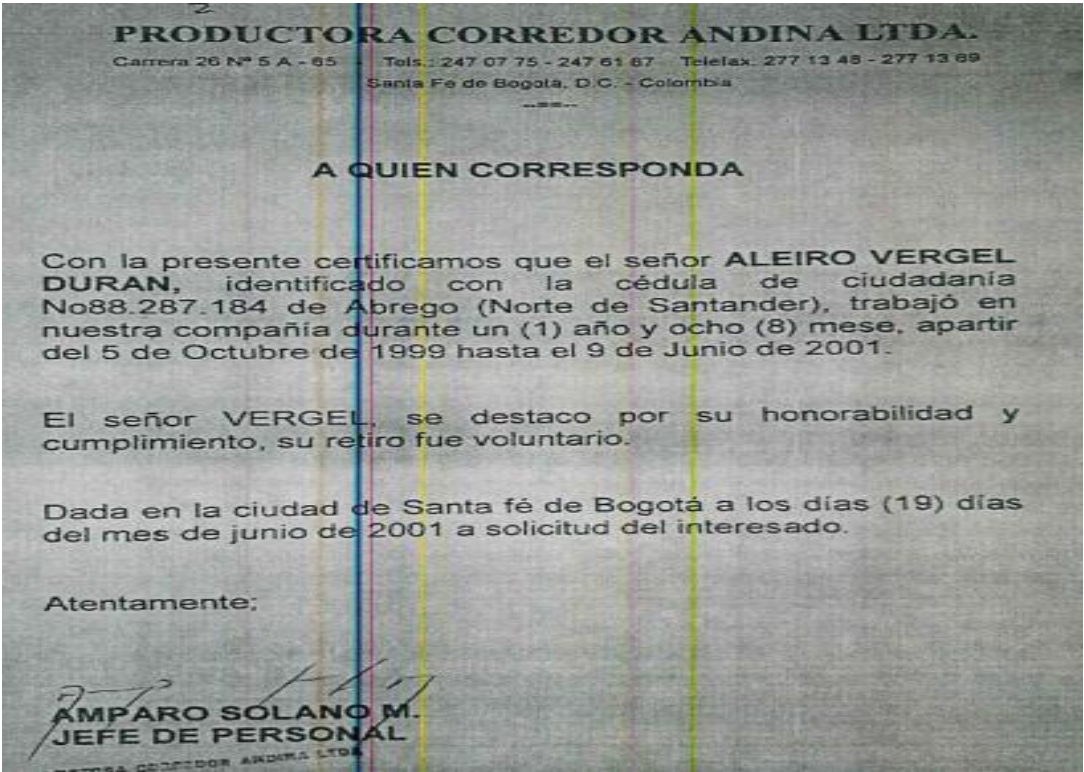
OBJETO SOCIAL: PRINCIPAL LA EXPLOTACION DEL NEGOCIO DE COMPRA Y - VENTA, DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE TUBERIA, VARILLAS, UNIO NES Y TODA CLASE DE ACCESORIOS Y ELEMENTOS PROPIOS DE LA CONSTRUC CION Y DE LA INDUSTRIA METALMECANICA, LA COMPRA, VENTA, DISTRIBU CION Y COMERCIALIZACION DE INSUMOS, PRODUCTOS Y ELEMENTOS DE LA - INDUSTRIA GANADERA Y AGRICOLA, Y FINALMENTE LA REPRESENTACION Y - AGENCIA DE CASAS NACIONALES Y EXTRANJERAS PARA LA PROMOCION, EX-- PLOTACION Y COMERCIALIZACION DE PRODUCTOS RELACIONADOS CON EL OB- JETO SOCIAL O COMPLEMENTARIOS A ESTE Y, EN UNA PALABRA, CELEBRAR TODA CLASE DE CONTRATOS DE ADMINISTRACION, CONSERVACION Y ENAJENA CION DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD.-

A su turno, José Corredor González y Alberto Corredor González, admitieron que la sociedad Barras Tubos y Perfiles Ltda funcionaba en el mismo lugar en que lo hacía la Productora Corredor Andina Ltda durante el lapso del 5 de octubre de 1999 al 9 de junio de 2001, Alberto Corredor agregó que, por ser una empresa pequeña familiar *“ahí funcionábamos las dos.,(...)*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

en una parte de la bodega funcionaba una empresa y en la otra parte funcionaba la otra, la Productora Colombiana Andina hacía válvulas, conexiones y flotadores y BTP hacía barras, tubos y perfiles extruidos. (...) en las empresas pequeñas todos hacemos de todo”.

Obra como prueba las certificaciones laborales realizadas por cada una de las mencionadas sociedades a favor del actor y suscritas por la misma persona: Amparo Solano, jefe de personal:



Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

Asimismo, la demandada allegó carta de renuncia del actor y liquidación de prestaciones sociales pagada por Productora Corredor Andina, las que en su sentir tenían *más valor probatorio* que las certificaciones laborales.



LIQUIDACION DEL SR. ALEIRO VERGEL D.	
DATOS DE LA LIQUIDACION	
fecha de inicio 16/10/99	01/01/01
fecha de terminacion	09/06/01
numero de dias	159
sueldo	302.500,00
subsidio de transporte	30.000,00
promedio extras	48.850,00
base de la liquidacion	382.350,00
valor dia	12.745
dias trabajados 159	159
cesantias	168.871
intereses de cesantias 00	50.762
intereses de cesantias	8.950
penzion per 16-10-99/09-06-01	709.713
vaca. Per 16-10-99/09-06-01	265.731
valor total	1.204.027
desto adelanto vac 15 dias	151.250
total a pagar	1.052.777
Son: Un Milen Cincuenta y Dos mil Setecientos Setenta y Siete pesos M/cte.	
El señor ALEIRO VERJEL DURAN identificado con la cédula de ciudadanía No 88.287.184, deja clara constancia de quedar a paz y salvo con la Empresa PRODUCTORA CORREDOR ANDINA. Con todo lo relacionado a salarios, primas y demás prestaciones que la ley otorga. Su retiro es voluntario.	
<i>Aleiro Verjel Durán</i> ALEIRO VERJEL DURAN CC # 88.287.184	<i>Alberto Corredor</i> ALBERTO CORREDOR Gerente

Al respecto, se debe precisar que el art. 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, dispone que todo funcionario judicial es libre en la valoración probatoria que realice para la formación de su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.

Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.

Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

Convencimiento, por lo que el juez (individual o plural) goza de la potestad legal de apreciar libremente la prueba para formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, con base en aquellos medios suasorios que más los induzcan a hallar la verdad real, así lo ha afirmado la alta corporación sen sentencia CSJ SL112-2021:

En virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Laboral, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibidem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en tal caso “no se podrá admitir su prueba por otro medio”, tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.

Igualmente, frente al valor probatorio de las certificaciones laborales, la Corte ha sido reiterativa en indicar que tienen pleno valor probatorio y solo es posible apartarse de lo consignado en constancias emitidas por el empleador, siempre y cuando se verifique que es contrario a la verdad real y procesal, así lo ha indicado en sentencias CSJ SL 8360, 8 mar. 1996, reiterada en SL 36748, 23 sep. 2009, CSJ SL17514-2017 y CSJ SL4296-2022:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, 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 patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.

Así las cosas, esta Sala no comparte los argumentos de la recurrente, pues de las certificaciones laborales es dable concluir que el actor prestó su servicio para las sociedades demandadas y si bien fueron circunscritas por la misma persona, lo cierto es que estaba facultada para hacerlo, pues al igual que el actor, laboró para ambas empresas (coexistencia de contrato Art. 26 del CST), más cuando lo que de ellas se consigna no se opone con lo acreditado en el proceso, especialmente en que ambas compañías compartía

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

la misma sede física y tenían un objeto social idéntico, tal y como consta en los respectivos certificados de existencia y representación legal. Por tal razón, el *a quo* bien podía asignar un especial valor y fuerza demostrativa a lo consignado en los certificados laborales, por ende, este los argumentos de la apelación se desestiman.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Alberto Corredor González y Rafael Alberto Corredor González. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria efectuada a esta sentencia.

5. 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 TERCERO de la sentencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de noviembre de 2022, para en su lugar, **CONDENAR** solidariamente a Alberto Corredor González y Rafael Alberto Corredor González como socios de las condenas impuestas a la Sociedad Productora Corredor Andina Ltda., hasta el límite de sus aportes de acuerdo con lo motivado en esta sentencia.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR** en todo lo demás el fallo atacado.

TERCERO: Las costas en esta instancia a cargo de Alberto Corredor González y Rafael Alberto Corredor González. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria efectuada a esta sentencia.

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.

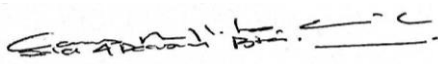
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00265 -01.
Demandante: ALEIRO VERJEL DURÁN.
Demandado: PRODUCTORA CORREDOR ANDINA LTDA Y OTROS.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de Alberto Corredor González y Rafael Alberto Corredor González como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de la parte actora.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.

Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.

Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

1. ASUNTO

La Sala decide **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA** contra la providencia que profirió el 22 de noviembre de 2022 el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de la demandada que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de abril de 2013, que se declare ineficaz su despido del 27 de junio de 2017, pues estaba amparada por *“el fuero laboral reforzado por sus condiciones de salud”*, que su última asignación mensual fue ocho millones de pesos, y en consecuencia, se condene a reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento de su despido, junto con el pago de salarios, horas extras, prestaciones sociales legales, la sanción de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la indexación, costas y agencias en derecho.

En subsidio, requirió el pago de horas extras del 1° de mayo al 30 de septiembre de 2016, la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y la indemnización moratoria.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a laborar con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 20 de agosto de 2008 en el cargo de Asistente Financiera, siendo su último cargo el de tesorera, que cumplió un horario de trabajo de 7:30 am a 4:30 pm de lunes a viernes, ejecutando sus funciones personalmente, que de enero a diciembre laboró 532 horas discriminando las que consideró fueron extraordinarias, que el 27 de junio de 2017 fue despedida sin justa causa a pesar de que el empleador conocía de su estado de salud por “*sospecha de glaucoma*”, que fue diagnosticado el 26 de mayo de 2017, lo que implicó una intervención quirúrgica el 15 de junio de 2017 con dos días de incapacidad, adeudándole el valor de las horas extras trabajadas.

Agregó que no solo padecía la mencionada enfermedad, sino también: *hipertensión arterial, tendinitis de bíceps, síndrome de maguito rotador y bursitis*, las cuales eran conocidas por la empresa, por lo que consideró que el despido fue discriminatorio, no obtuvo permiso del Ministerio del Trabajo, no obstante, su pérdida de capacidad laboral PCL fue del 40,19% y fecha de estructuración de 15 de enero de 2016, según dictamen practicado (archivo 03expedientefísico).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Por su parte, la demandada aceptó la modalidad contractual, el cargo de la actora, la fecha de ingreso y culminación del contrato, el último salario devengado y el despido injustificado. Indicó que la demandante desempeñó un cargo de dirección y confianza en la empresa por lo que no estaba obligada a reconocer el valor de las horas extras, sin embargo, alegó que, para zanjar cualquier diferencia, se suscribió un acta de transacción el 27 de julio de 2017 en la que se acordó el pago, y en lo que respecta a la

terminación del contrato y el estado de salud de la actora señaló que desconoce las enfermedades dice tener, pues de las incapacidades reportadas a la empresa se evidencia otra cosa, asimismo, desconoce que al despido estuviera incapacitada o que le fuera determinada una PCL. Propuso como excepciones carencia de fundamentos para el pago de horas extras, improcedencia de estabilidad laboral reforzada, incumplimiento de la carga de probar del trabajador, improcedencia para el pago de indemnización moratoria, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, transacción, buena fe, enriquecimiento sin causa, y la genérica (archivo *03expedientefísico*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito denominadas “carencia de fundamentos para obtener el reconocimiento y pago de horas extras cuando la modalidad contractual establece que se trata de una labor de dirección, confianza y manejo” e “improcedencia de la estabilidad laboral reforzada”, “ausencia de los requisitos establecidos en la ley 361 de 1997”, “incumplimiento de la demandante de la carga de la prueba de la debilidad manifiesta y de las obligaciones del trabajador” y “cobro de lo no debido” propuestas por la demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior ABSOLVER a la demandada Amerisur Exploración de Colombia Ltda., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, tanto principales como subsidiarias, por parte de Olga Lucia Sánchez Quintana, conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO: En caso tal de que la presente decisión no sea apelada se DISPONES el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Tribunal Superior-Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se señalan como agencias en derecho a favor de la parte demandada el equivalente a dos (02) SMLMV

Para arribar a la anterior decisión, inició por mencionar que el art. 162 del CST establece las excepciones al pago de horas extras, entre las que se encuentran las personas de dirección, confianza y manejo de la empresa, que para el caso de la actora está amparada por tal excepción, en la medida en que de su contrato y en especial de sus funciones debía realizar pagos de la empresa y manejaba los dineros de la empleadora, por lo que no era dable

el reconocimiento de horas extras, más cuando entre las partes se suscribió acuerdo transaccional válido en donde se transigió sus diferencias por este concepto.

Frente a la solicitud de estabilidad laboral reforzada, afirmó que se encuentra establecida en el art. 26 de la Ley 360 de 1997 y que, de acuerdo con la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, la actora debía demostrar que i) al momento del despido se encontraba afectada en su salud, ii) que el empleador conozca dicha situación y iii) que exista un nexo causal entre la terminación y el estado de salud. Así, una vez analizadas las pruebas constató que a la fecha de terminación de su contrato (27 de junio de 2017), la actora no tenía disminución de su pérdida de capacidad laboral, y si bien se aportó dictamen, no se tuvo en cuenta porque se generó dos años después de finalizado el contrato, solo se tuvo en cuenta la información aportada por la actora y las patologías reportadas posterior al despido.

Agregó que fueron aportadas las incapacidades a la actora por los días 15 y 16 de junio de 2017 por cirugía ocular, reporte servicios médicos por parte de EPS Sanitas, solicitud de calificación de pérdida capacidad laboral, recomendaciones médicas dadas por salud ocupacional, los certificados de la ARL Sura, los interrogatorios de la demandante y el representante legal de la demandada, así como los testigos de las partes, pruebas que en su conjunto evidencian que la actora no se encontraba incapacitada, no tenía pérdida de capacidad laboral y siempre prestó sus servicios, por lo que no procedía el amparo solicitado.

2.4. Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la demandante fundamentó su recurso en los siguientes puntos: frente a las horas extras, consideró que no se dio una indebida apreciación al contrato de trabajo, pues la actora no era de dirección confianza y manejo, aunado a que en el contrato de transacción y en la confesión del representante legal se aceptó que la actora sí percibía horas extras. De otro lado, y en lo relacionado con la estabilidad laboral reforzada, arguyó que la actora padeció varias enfermedades generadas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.

Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.

Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

antes de la finalización del contrato de trabajo y que fueron confirmadas por el dictamen pericial, el cual fue indebidamente apreciado, junto con las demás aportadas al proceso. Por último, enfatizó que no es procedente la condena en costas a la actora, pues tenía amparo de pobreza.

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 cual solo fue utilizado por las partes para reafirmar los argumentos de su demanda y contestación.

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 66A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita a las materias objeto del recurso de apelación.

3. 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 dable considerar a la actora como trabajadora de dirección confianza y manejo?, en segundo lugar, ¿Es posible establecer que la 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. De los trabajadores de dirección confianza y manejo y horas extras.

El literal a) del artículo 32 del C.S.T. explica precisa los trabajadores de dirección son aquellos que ejecutan funciones como representantes del empleador, es decir, directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleado.

En ese sentido los cargos de dirección se caracterizan porque quienes lo desempeñan actúan en función no simplemente ejecutiva sino conceptiva, orgánica y coordinativa, a diferencia del trabajador ordinario que no se lleva a cabo sino su propia representación, además ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario y dentro de la órbita de la delegación y pueden obligar a su empleador, están dotados de poder discrecional de autodecisión cuya limitación depende de la escala jerárquica, son elementos de coordinación o enlace (T.S. 15 de octubre de 1942 y 01 de junio de 1954-G.J. 13 de agosto de 1958, LXXXVIII, 905).

De manera más reciente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1061-2021, estableció que, para ostentar un cargo de dirección, manejo y confianza, el trabajador debe tener un grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa. Aunado a ello, ha sido clara la jurisprudencia de esta Corporación, quien de antaño ha señalado que la calidad de trabajador de dirección manejo y confianza no se adquiere por su sola estipulación, pues depende de si las funciones asignadas al trabajador se adecuan a tal concepto, vale decir, que el único factor determinante radica en la realidad del cargo, en el contenido del mismo, es así como las cláusulas que se pacten en tal sentido son en sí mismas, superfluas e inútiles y, por ende, ineficaces por su propia naturaleza. El trabajador de dirección confianza y manejo no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino debido a la índole de sus funciones (CSJ SL 14 de marzo de 1989, Rad. 2.189).

Ahora bien, en tratándose de cargos que exigen un especial compromiso del trabajador y que imponen reserva, prudencia, y precaución y que por ende, indican un personal compromiso por parte del trabajador,

ha dicho CSJ SL38783-2011 que tal circunstancia no necesariamente son características indicativas de que se trate de un trabajador de dirección confianza o manejo, pues ello tiene más relación con las condiciones en que se desempeña la labor, por el especial grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa.

Igualmente, es menester tener presente que conforme al artículo 162 del C.S.T. los trabajadores de dirección, confianza y manejo sin bien están excluidos de la jornada laboral máxima y por consiguiente del derecho a pago de horas extras, no lo están frente al pago recargo nocturno, dominicales y festivos, así lo dijo la alta corporación en sentencia 40016 del 1°. de agosto de 2012 reiterada en CSJ SL3054-2022:

“Según el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza, o manejo, están excluidos de la jornada máxima legal, que por tratarse de una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 161 del mismo ordenamiento, cuyo plausible propósito es proteger al trabajador en su salud, en la medida que le garantiza un tiempo de prudente descanso, que además, repercute en el mejor desempeño de sus labores, que se hace más evidente con lo preceptuado en los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 50 de 1990, y 165 a 167 del estatuto sustantivo laboral, la interpretación que se impone al mencionado artículo 162, tiene que ser restrictiva, en la medida en que lo allí consagrado es una excepción, de suerte que, dentro de la expresión «jornada máxima legal de trabajo», no puede entenderse incluido lo relativo al trabajo en días dominicales y festivos, que si son trabajados generan la obligación de pagar el tiempo durante el cual se haya prestado el servicio, así se trate de un empleado de dirección, confianza, o manejo. Lo anterior es menos discutible, si se observa que los temas relativos a la jornada máxima legal, y a los descansos obligatorios, en el que está contenido el concerniente a los domingos y festivos, es materia de regulación en títulos diferentes del Código Sustantivo del Trabajo”.

3.2. Caso concreto

Aplicadas tales nociones al caso de marras, y con el fin de atender el primer punto de la apelación, la actora solicitó el reconocimiento de su horas el pago de horas extras desde el 1° de mayo al 30 de septiembre de 2016 y en su recurso afirmó que no obstante lo anotado en su contrato de trabajo, ella no era trabajadora de dirección y confianza, muestra de ello, era el contrato de transacción y la confesión del representante legal donde se corroboraba su afirmación.

Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

De otra parte, si nos remitimos al contenido de la definición del cargo de Tesorera, cuyas funciones se encuentran discriminadas a folios del archivo *03expdientefisico*, cargo que se presume que ostentaba la actora en el periodo que solicita su pago (1° de mayo a 30 de septiembre de 2016) se encuentra:

Código: F-TH-001	 amerisur en protección Colombia		Versión: 05																																																																																																
Fecha: 31-03-16			Página 1 de 1																																																																																																
Controlado	PERFIL DE CARGO - TESORERA																																																																																																		
1. IDENTIFICACIÓN DEL CARGO Y UBICACIÓN																																																																																																			
CARGO: TESORERA	DEPARTAMENTO: Gerencia Administrativa y Financiero		TIPO DE VINCULACIÓN: Indefinido	ÁREA: Administrativa ÁREA: Operativa ()																																																																																															
ESPECIFICACIONES		CARACTERÍSTICAS																																																																																																	
1.1 MISIÓN DEL CARGO (Objetivo)		Apoyar el desarrollo de la contabilidad interna de la Compañía, aplicando las normas y procedimientos vigentes.																																																																																																	
1.2 ORGANIGRAMA		<table border="1"> <tr> <td rowspan="4">Grupo:</td> <td colspan="2">CONTADORÍA</td> <td rowspan="4">TÍTULO DE CARGOS DE TRABAJADORES DE RESPONSABILIDAD DIRECTA:</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="2">TESORERA</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> </tr> </table>			Grupo:	CONTADORÍA		TÍTULO DE CARGOS DE TRABAJADORES DE RESPONSABILIDAD DIRECTA:			TESORERA																																																																																								
Grupo:	CONTADORÍA		TÍTULO DE CARGOS DE TRABAJADORES DE RESPONSABILIDAD DIRECTA:																																																																																																
	TESORERA																																																																																																		
2. REQUISITOS FORMALES																																																																																																			
2.1 EDUCACIÓN (Educación formal: profesional, maestría, doctorado)		<table border="1"> <tr> <td>Ninguno</td> <td>Primaria</td> <td>Bachillerato</td> <td>Técnico</td> </tr> <tr> <td>Universitario</td> <td>Post- grado</td> <td>Empírico</td> <td></td> </tr> </table>			Ninguno	Primaria	Bachillerato	Técnico	Universitario	Post- grado	Empírico																																																																																								
Ninguno	Primaria	Bachillerato	Técnico																																																																																																
Universitario	Post- grado	Empírico																																																																																																	
2.2 EXPERIENCIA REQUERIDA (Años de		ESPECÍFICA MÍNIMO 6 AÑOS DE EXPERIENCIA EN SECTOR DE HIDROCARBUROS																																																																																																	
2.3 FORMACIÓN (Educación no formal:		• Conocimiento de las normas fiscales, contables, laborales y seguridad social.																																																																																																	
2.2 COMPETENCIAS		<table border="1"> <tr> <th rowspan="2">NIVEL/COMPETENCIA</th> <th rowspan="2">ALTO</th> <th rowspan="2">MEDIO</th> <th rowspan="2">BAJO</th> <th rowspan="2">N/A</th> <th rowspan="2">DESTREZAS</th> </tr> <tr> </tr> <tr> <td rowspan="5">GENERICAS</td> <td>Responsabilidad y cumplimiento</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td rowspan="5"> Auditiva: Visual: Manual: Física: Coordinación motora: </td> </tr> <tr> <td>Comunicación efectiva</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Trabajo en equipo</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Organización y planeación</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Relaciones interpersonales</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td rowspan="2">ESPECIFICAS</td> <td>Solución de problemas</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Capacidad de síntesis</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td rowspan="2">INDIVIDUALES</td> <td>Liderazgo</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Confiabilidad y prudencia</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td rowspan="3">EVALUACIÓN</td> <td>Receptivo</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Disposición y compromiso</td> <td>x</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="5">Periodo de prueba (formato profesional sin personal a cargo)</td> </tr> <tr> <td colspan="6">Anual de desempeño</td> </tr> <tr> <td colspan="6">3. ENTRENAMIENTO MÍNIMO REQUERIDO</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">4.1 GENERALES</td> <td>HSEQ</td> <td colspan="4">Políticas HSEQ, Gestión Social, Prevención de acoso laboral, Prevención consumo de sustancias psicoactivas y Seguridad Vial; Matriz de peligros y panorama de riesgos de su labor.</td> </tr> <tr> <td>MEDIO AMBIENTE</td> <td colspan="4">NA</td> </tr> <tr> <td>4.2 ESPECÍFICOS</td> <td>INHERENTES AL CARGO</td> <td colspan="4">Manejo de los software de nómina, contable y las plataformas en línea de Bancos.</td> </tr> </table>			NIVEL/COMPETENCIA	ALTO	MEDIO	BAJO	N/A	DESTREZAS	GENERICAS	Responsabilidad y cumplimiento	x			Auditiva: Visual: Manual: Física: Coordinación motora:	Comunicación efectiva	x			Trabajo en equipo	x			Organización y planeación	x			Relaciones interpersonales	x			ESPECIFICAS	Solución de problemas	x				Capacidad de síntesis	x				INDIVIDUALES	Liderazgo	x				Confiabilidad y prudencia	x				EVALUACIÓN	Receptivo	x				Disposición y compromiso	x				Periodo de prueba (formato profesional sin personal a cargo)					Anual de desempeño						3. ENTRENAMIENTO MÍNIMO REQUERIDO						4.1 GENERALES	HSEQ	Políticas HSEQ, Gestión Social, Prevención de acoso laboral, Prevención consumo de sustancias psicoactivas y Seguridad Vial; Matriz de peligros y panorama de riesgos de su labor.				MEDIO AMBIENTE	NA				4.2 ESPECÍFICOS	INHERENTES AL CARGO	Manejo de los software de nómina, contable y las plataformas en línea de Bancos.			
NIVEL/COMPETENCIA	ALTO	MEDIO	BAJO	N/A								DESTREZAS																																																																																							
GENERICAS	Responsabilidad y cumplimiento	x			Auditiva: Visual: Manual: Física: Coordinación motora:																																																																																														
	Comunicación efectiva	x																																																																																																	
	Trabajo en equipo	x																																																																																																	
	Organización y planeación	x																																																																																																	
	Relaciones interpersonales	x																																																																																																	
ESPECIFICAS	Solución de problemas	x																																																																																																	
	Capacidad de síntesis	x																																																																																																	
INDIVIDUALES	Liderazgo	x																																																																																																	
	Confiabilidad y prudencia	x																																																																																																	
EVALUACIÓN	Receptivo	x																																																																																																	
	Disposición y compromiso	x																																																																																																	
	Periodo de prueba (formato profesional sin personal a cargo)																																																																																																		
Anual de desempeño																																																																																																			
3. ENTRENAMIENTO MÍNIMO REQUERIDO																																																																																																			
4.1 GENERALES	HSEQ	Políticas HSEQ, Gestión Social, Prevención de acoso laboral, Prevención consumo de sustancias psicoactivas y Seguridad Vial; Matriz de peligros y panorama de riesgos de su labor.																																																																																																	
	MEDIO AMBIENTE	NA																																																																																																	
4.2 ESPECÍFICOS	INHERENTES AL CARGO	Manejo de los software de nómina, contable y las plataformas en línea de Bancos.																																																																																																	

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.
Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.
Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

CARGO	
4. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES DEL CARGO	
Liquidación y contabilización de la nómina, según datos suministrados por Talento Humano.	E
Calcular y registrar la distribución de gastos de nómina y otros a las cuentas de costos.	E
Generación de archivos de pago de la nómina de empleados y de cheques para pago de aportes AFC y pensiones voluntarias.	E
Calculo semestral de porcentajes de retención para empleados	E- A
Conciliación Novasoft vs modulo de nómina Recys y modulo de contabilidad.	E- A
Liquidación y pago de Seguridad Social	E
Dar respuesta a requerimientos de entidades de seguridad social UGPP, ARL, etc.	E- A
Realizar certificaciones laborales ante ausencia de RRHH y hacer seguimiento a los pagos de incapacidades y licencias tramitados por RRHH.	E
Generación de certificados de retención en la fuente para empleados.	E
Realizar la facturación de venta de crudo y los recibos de caja en el momento que se realizan pago de las facturas	E
Registro en Recys de las facturas en el módulo de facturas y en contabilidad	E
Registro de costo de ventas e inventario de crudo.	E
Conciliación módulo de activos vs. Contabilidad.	E- A
Conciliación anticipos y conciliación modulo clientes Vs Balance	E- A
Conciliación módulo de cuentas por pagar vs contabilidad.	E- A
Manejo de tesorería de Amerisur, realizar pagos por transferencia y/o cheque de acuerdo al vencimiento de las cuentas por pagar.	E
Generación de extractos bancarios para que los asistentes realicen conciliaciones	E
Verificar que se apliquen los anticipos realizados antes de generar los pagos a través de cuadros de control	E- A
Realizar arqueos de caja menor.	E- A
Realizar las amortizaciones (seguros, licencias, mejoras en propiedades ajenas, etc.) y manejo cuadro control diferidos.	E- A
Realizar el calculo y registro de la diferencia en cambio moneda extranjera manual	E- A

6. RESPONSABILIDADES ESPECÍFICAS	
Información confidencial: Alta (X) Media () Baja ()	CUAL: información financiera y contable
Responsable de equipos: no () si (X) cual: Equipos de Computo.	
Es responsable de la calidad de los procesos técnicos de la compañía. NO	
El cargo requiere continuamente relaciones externas con clientes externos. SI	

7. AUTORIDAD PARA TOMAR DECISIONES	
Se requiere consultar a jefe inmediato, Controller y/o Gerencia Administrativa y Financiera todos aquellos aspectos que no estén contemplados en las Políticas, procesos o procedimientos establecidos o lo previamente planeado con la misma Gerencia.	
Deben consultarse las decisiones que comprometen recursos de las Compañías y los aspectos que no sean acordes con la consecución de los objetivos propuestos para el cargo.	

8. RELACIONES DE TRABAJO	
INTERNAS: Gerencia General, Gerencia Técnica y de Operaciones, Superintendente de producción, Gerencia Administrativa y Financiera, Gerencia G&G, Gerencia HSEQ - Comunidades y Talento Humano, Área Administrativa , Área Contable, Coordinación de Compras, coordinador HSQ	
EXTERNAS: Entes de Control y Vigilancia; UGPP, DIAN, Secretaría de Hacienda Distrital, Banco de la República, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH, Ecopetrol S.A. y socios de proyectos, con asesores: Revisoria Fiscal, Asesor Tributario, Abogados, con contratistas, proveedores, todos aquellos cuando las circunstancias lo requieran, con Bancos, Fiducias y Corredores de bolsa, con la Casa Matriz.	

De las funciones y responsabilidades se constata que, si bien ejecutaba algunas relacionadas con el manejo de la tesorería, realizar pagos por transferencia bancaria o cheque, no se puede dar por sentado que sea de dirección y manejo, pues las demás funciones son operativas, pues sus funciones no estaban encaminadas a representar los intereses del empleador dentro del manejo de la empresa, y si bien ocupaba el cargo de Tesorera, se evidencia que ocupaba una posición especial dentro de la jerarquía en la empresa, ni se observa que tuviera algún tipo de facultad disciplinarias o de mando sobre el personal ordinario ni que tuviera poder de delegación.

Lo anterior, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en la parte final del documento, frente a la autoridad para tomar decisiones, requiere que “consulte al jefe inmediato, Cotroller y/o gerencia administrativa y financiera todos aquellos aspectos que no estén contemplados en las políticas y procedimientos establecidos a los previamente planeado por la misma gerencia”.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, no acertó el *a quo* cuando dejó catalogar a la actora como de dirección y confianza, por lo que tendría derecho al pago de horas extras de acuerdo con lo señalado en precedencia, sin embargo, no se podría entrar liquidar el valor de las horas extras reclamadas, en primer lugar, porque la demandante si bien precisó los días y las horas extras presuntamente adeudadas en su demanda, no existe soporte probatorio que corrobore su dicho, tal como al efecto lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1225-2019, en la que recordó que para que haya lugar a estas deben encontrarse plenamente acreditados los siguientes supuestos: (a) La permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal; (b) La cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas; y (c) Las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido, deben estar dedicados a las labores propias del trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.

En sentencia CSJ SL9318-2016 se adujo

“Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia”.

Además, según CSJ SL8675-2017

“No es posible [...], que deba ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas

permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una [...]”.

En este caso, y a pesar de que la parte actora las relacionó en los hechos 17 a 32 de su demandada y aportó documentos como registros de asistencia grupal de capacitación y entrenamiento, estos tienen fecha de febrero, septiembre, noviembre, diciembre de 2016 y marzo de 2017 (*Img. 43 a 55 archivo 01expedientefisico.pdf*), fechas que no corresponden al periodo reclamado, así mismo, los pantallazos de correos enviados por la actora a sus compañeros (*Img. 109 a 123 archivo 01expedientefisico.pdf*), tampoco son prueba idónea de trabajo suplementario, pues i) lo que evidencia es el envío de una comunicación, más no la realización de una labor extraordinaria, ii) muchos de ellos son del año 2017 y iii) solo aparece la fecha y remitente, pero no el contenido del comunicado que permita deducir que es un correo laboral.

Se debe recordar que la jurisprudencia exige no solo la cantidad de horas extras laboradas las cuales deben ser determinadas con exactitud en la fecha de su causación, sino que hayan sido ordenadas por el empleador, presupuestos que no se evidencian por lo que se hace imposible impartir condena por este concepto.

3.3. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

Siguiendo con el siguiente punto de la apelación, esta Sala debe destacar que 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”*.

Asimismo, 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)”.

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; (iii) 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)”.*

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).

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 SL1154-2023 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.

3.4. 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 a término indefinido desde el 20 de agosto de 2008 (*Img. 155 archivo 03expedientefisico.pdf*), ii) siendo su último cargo el de Tesorera, iii) el 27 de junio de 2017 fue terminado el contrato sin justa causa (*Img. 151 archivo 03expedientefisico.pdf*), y que iv) su último salario fue de \$8.000.000 de pesos.

Dicho lo anterior, se debe empezar por analizar si la actora demostró si antes de la terminación del contrato padecía de **deficiencia física**,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.
Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.
Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, al respecto obran volantes de autorización de servicios de 19 de febrero de 2013, Img. 173 y 174 archivo *01expedientefisico.pdf*, así como de los documentos de atención al paciente de Colsanitas SA de 4 de marzo, 7 de abril, 11 de junio, 20 de junio y 6 de julio de 2015, en los que se diagnostican: cálculo vesícula biliar, colelitiasis sintomática, enfermedad general, síndrome manguito rotador y tendinitis.

De la misma manera obra concepto de Salud Ocupacional Sanitas SAS de 9 de abril de 2014 (*Img. 89 a 92 archivo 01expedientefisico.pdf*), en la que se determina como diagnóstico medico los siguientes, sin que alguno de ellos pudiera generar algún tipo de deficiencia física o mental, ni incapacidad:

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA		
TIPO DIAGNÓSTICO	: CONFIRMADO NUEVO	CATEGORIA : PRINCIPAL
CÓDIGO	: E78.5	
DIAGNÓSTICO	: HIPERLIPIDEMIA NO ESPECIFICADA	
OBSERVACIONES	: DISLIPIDEMIA MIXTA LEVE	
TIPO DIAGNÓSTICO	: CONFIRMADO NUEVO	CATEGORIA : ASOCIADO
CÓDIGO	: H91.9	
DIAGNÓSTICO	: HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA	
OBSERVACIONES	: LEVE IZQUIERDA EN FRECUENCIAS AGUDAS	
TIPO DIAGNÓSTICO	: CONFIRMADO NUEVO	CATEGORIA : ASOCIADO
CÓDIGO	: M62.4	
DIAGNÓSTICO	: CONTRACTURA MUSCULAR	
OBSERVACIONES	: CERVICAL LEVE	
CAUSA EXTERNA	: ENFERMEDAD GENERAL	
PLAN DE MANEJO	: DIETA BAJA EN GRASAS DE ORIGEN ANIMAL, HARINAS Y DULCES REALIZAR EJERCICIO AEROBICO SE SUGIERE CONTROL AUDIOMETRICO EN 6 MESES CONTROL OPTOMETRICO EN UN AÑO RELIZAR PAUSAS ACTIVAS EN CUELLO Y MIEMBROS SUPERIORES	
MÉDICO INGRESO	: Camargo Mesa Héctor Alfonso	
REGISTRO MÉDICO	: 11298	
ESPECIALIDAD	: MEDICINA OCUPACIONAL	
INCAPACIDAD		
DÍAS DE INCAPACIDAD :	FECHA INICIAL :	FECHA FINAL :

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.
Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.
Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

Se aportaron resultados de exámenes médicos de sangre de 7 de abril de 2014 (*Img. 95 01expedientefisico.pdf*), de lo que nada diferente se extrae que los resultados propios de glicemia, colesterol y triglicéridos.

De la misma manera, se evidencia atención médica realizada a la actora, los días 16 de febrero, 6 de abril, 23 de mayo de 2016, 11 de septiembre y 12 de diciembre de 2017 (*Img. 161-168 01expedientefisico.pdf*), cuyos diagnósticos fueron: bursitis de hombro derecho, leiomioma del útero, hipercolesterolemia puro y conjuntivitis crónica, sin embargo, ninguno de ellos generó incapacidad, ni tampoco restricción para laborar por parte del médico tratante.

A la misma conclusión se llega respecto de la historia clínica de 27 de julio de 2016 (imagen 195 a 199 de *01expedientefisico.pdf*), se evidencia otra en la que se determina por el médico tratante el siguiente el concepto de médico de manguito rotador, pero sin que genere incapacidad, tratamiento especial o recomendación laboral a la empresa:

Egreso

Egreso

Fecha de Egreso 27/07/2016

Diagnostico Principal: Confirmado Repetido
SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO M75.1
Diagnostico Secundario 1: Confirmado Nuevo
ARTROSIS SECUNDARIA MULTIPLE M15.3
Causa Externa: Enfermedad General
Condicion Usuaría: No Embarazo

Plan de Manejo y Analisis

Analisis

Fecha de Egreso 27/07/2016

paciente de 48 años con cuadro de dolor de hombro y columna lumbosacra con enfermedad discal multivel hernias con compromiso de saco dural hoy asintomatica de la columna . La presencia de dolor en region de hombro derecho con tendinosis y ruptura del supraespinosos

Plan de Manejo

Fecha de Egreso 27/07/2016

Se da orden de fst
valoracion por ortopedia
duraprx 600 mg 1 cada dia
Control

A imagen 97 a 108 de *01expedientefisico.pdf*, se evidencia Historia Clínica del 7 de julio de 2017 emitida por Colsubsidio en la que demuestra que la actora padece dolor en el hombro, pero al igual que los anteriores, sin contenido incapacitante para las actividades laborales, según se extrae de su contenido:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.
Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.
Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

Evolución	
Fecha: 07/07/2016	Hora: 7:53:00
Tipo de Evolución:	Manejo Ambulatorio
Uso de Oxígeno:	NO
Descripción:	
SE RECOMIENDA CONTINUAR EN CONTROL PARA DETERMINAR ETIOLOGIA DE DOLOR EN HOMBRO DERECHO CON LIMITACION DEL MOVIMINETO Y DEL ESFUERZO. SE DAN RECOMENDACIONES SOBRE POSTURA, CORRIGE Y ADOPTA POSTURA CORRECTA. ACTIVIDAD DEPORTIVA 3V/SEJERCICIOS DE ESTIRAMIENTO DIARIO EVITAR POSTURAS MANTENIDAS POR MAS DE UNA HORA MANTENER HIGIENE POSTURAL PARA COLUMNA Y MMII FORTALECIMIENTO DE ABDOMINALES. MANTENER ABDOMEN CONTRAIDO FORTALECIMIENTO EN MMSS FORTALECIMIENTO EN PARAVERTEBRALES SI REALIZA TAREAS ADMINISTRATIVAS: MONITOR A 50 CMS MINIMO DE DISTANCIA DE LA FRENTE. MANTENER APOYADA ZONA LUMBAR EN EL RESPALDO DE LA SILLA, DISMINUYENDO ASI FATIGA MUSCULAR Y RIESGO ERGONOMICO. MANTENER POSICION NEUTRA PARA MANO Y MUÑECA RIESGO DE LESION POR MOVIMIENTO REPETITIVO. PAUSAS ACTIVAS EN MMSS-MMII Y CAMBIOS DE POSICION CADA 3 HORAS DE LA JORNADA LABORAL SI LA ACTIVIDAD LABORAL ES EN POSICION BIPEDA UTILIZAR UN DESCANSA PIES PARA REALIZAR APOYO UNIPODAL.	
Responsable:	CASTILLO, YULY
Documento de Identidad:	1018414026
Especialidad:	TERAPIA FISICA - FISIOTERAPIA
Órdenes Clínicas	
Fecha y hora de solicitud:	06/07/2016 07:44:00

Finalmente, a imagen 30 del mismo archivo obra incapacidad por cirugía laser por dos días, del 15 al 16 de junio de 2017, lo que sin duda no permite colegir que la actora estuviera una deficiencia física de mediano o largo plazo.

Ahora, la actora aportó certificación de utilización de servicios médicos de Colsanitas del 14 de agosto de 2018, entrega de documentos a medicina laboral de Sanitas SA de 10 de abril de 2019, Solicitud de calificación de origen de PCL de 15 de marzo de 2019, cuestionario de para patología de hombros, codos y manos de EPS Sanitas de 10 de abril de 2019 y remisión medicina laboral por parte de EPS Sanitas de esa misma fecha, aclaración de formato de solicitud de 16 de abril de 2019, solicitud de documentos a la empresa Amerisur por parte de la misma EPS con fecha de 16 de abril de 2019 (imágenes 60 a 86 de *01expedientefisico.pdf*), de los que sin duda se aprecia la misma dolencia en el hombro derecho, sin incapacidad, ni recomendaciones de tipo laborar, aunado a se generaron después de la terminación de contrato (27 de junio de 2017), por ende, no puede resistir mayor análisis probatorio por la Sala si no fueron conocidos por el empleador.

Lo mismo ocurre respecto del el concepto de PCL elaborado por el médico Cristian Alonso Ramírez en el mes de febrero de 2019 (imágenes 125 a 134 de *01expedientefisico.pdf*), que no obstante determinar la pérdida de capacidad laboral de la actora de 40,19% y fecha de estructuración de 15 de enero de 2016, lo cierto es que esta prueba no puede considerarse como

definitiva a efectos de probar su estado de deficiencia física como lo señala la actora en su recurso, por las siguientes razones: **i)** de acuerdo con el Decreto 1352 de 2013 son las Juntas Nacionales y Regionales de Calificación de Invalidez las encargadas de determinar la PCL de una persona, integradas como mínimo por dos (2) médicos, los cuales deben tener especialización en Medicina Laboral o Medicina del Trabajo o Salud Ocupacional y contar con una experiencia mínima de cinco (5) años y Un (1) Psicólogo o Terapeuta Físico u Ocupacional, con título de especialización en Salud Ocupacional con una experiencia profesional mínima de cinco (5) años, de tal manera que permita una valoración integral del paciente en todos los frentes. Y si bien, el art. 4 del mencionado decreto permite que *otras entidades* puedan realizar este tipo de valoraciones, lo debe hacer en conjunto con otros especialistas de la medicina y no de forma individual como el presentó el médico Cristian Alonso Ramírez.

Y es natural que así sea, **ii)** pues cualquier dictamen de PCL se debe ajustar a los postulados técnicos del Decreto 1507 de 2014 aprobatorio del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional en especial, la valoración de las deficiencias, valoración del rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales, con cada uno de sus subcomponentes como allí se indica, sin embargo, el dictamen presentado carece de esos requisitos, asignando una puntuación sin un criterio objetivo médico explicado.

De la misma manera, **iii)** se valoraron enfermedades que no fueron reportadas con anterioridad a la terminación del contrato como depresión, ansiedad, estrés laboral, hipertensión arterial, síndrome de apnea, presbicia, sospecha de glaucoma cefalea tensional neuralgia de trigémino, cefalea en racimos y fractura del maléolo distal, síndrome del túnel del carpo leve, con lo cual alteraría la PCL asignada por el galeno.

Como tampoco **iv)** se determina el origen de la enfermedad, ante lo cual el Dr. Cristian Alonso manifestó: *“dictaminé sólo la pérdida de capacidad laboral, no la dictaminación del origen de la patología dado que se utilizan unos parámetros totalmente diferentes”*, desconociendo que el Manual lo exige, aceptando de paso que no se ajustó al mismo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00381-02.

Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.

Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

Por lo anterior, esta Sala se aparta de lo indicado en el mencionado dictamen y como de acuerdo con las pruebas analizadas en precedencia, no se evidencia que la actora cumpla con el primer requisito señalado por la jurisprudencia, esto es, la comprobación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, siendo innecesario adelantar el estudio de los demás requisitos, por ende, se debe concluir que la demandante no gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud a la terminación de su contrato de trabajo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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 22 de noviembre de 2022 el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en proceso ordinario laboral que OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA adelanta contra AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA., de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

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 05-014-2019-00381-02.

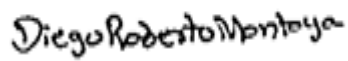
Demandante: OLGA LUCÍA SÁNCHEZ QUINTANA.

Demandado: AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.

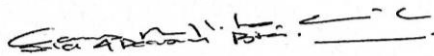
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

1. ASUNTO

La Sala decide **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá el 17 de agosto de 2022, en proceso ordinario laboral que **MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES** adelanta contra la recurrente y que cursó inicialmente en el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta misma ciudad.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de la demandada que se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 22 de abril de 2013 al 11 de febrero de 2018, en el cargo operaria de aseo, con una última asignación mensual de \$916.657 y que fue terminado sin permiso del Ministerio del Trabajo, en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento de su despido, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales legales y convencionales, así como los aportes al sistema de seguridad social, por estar amparada bajo la estabilidad laboral reforzada generada por su salud.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: ingresó a laborar con la demandada mediante contrato de trabajo por obra o labor y en el cargo de operaria de aseo desde el 22 de abril de 2013 al 11 de febrero de 2018, fecha en la que fue despedida sin justa causa y sin tener en cuenta su diagnóstico médico de “*dolor lumbar paraxial de predominio izquierdo, epicondilitis lateral*”. Agregó que su último salario fue de \$916.657, y que al momento de su despido no recibió el pago de la indemnización por despido injusto, por lo que presentó acción de tutela con la que logró el reintegro (*01expedientedigital.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Por su parte, la demandada aceptó la modalidad contractual, el cargo de la actora, la fecha de culminación del contrato y el reintegro efectuado en el mes de junio de 2018; indicó que no hubo despido, sino que el contrato se terminó por el cumplimiento de la obra contratada, pues estaba supeditado al contrato interadministrativo No 1-07-10200-0809-2012, suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá, mediante el cual se efectuaba las actividades operativas del servicio público de aseo de la ciudad de Bogotá que terminó el 11 de febrero de 2018. Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, improcedencia del reintegro, cobro de lo no debido, compensación y genérica (*201900460contestaciondemandapdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El A Quo emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR que, entre la demandante, MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES y AGUAS DE BOGOTA SA ESP se ejecutaron contratos de trabajo por duración obra o labor desde el 22 de abril de 2013 hasta el 11 de febrero de 2018, en la que se desempeñó como operaria de barrido y devengó un último salario por la suma de \$997.547.

SEGUNDO. DECLARAR que MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES gozaba de la protección de estabilidad laboral reforzada por salud al momento de su despido ocurrido el 11 de febrero de 2018.

TERCERO. DECLARAR ineficaz el despido de demandante MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES acaecido el 11 de febrero de 2018.

CUARTO: CONDENAR a AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP, a reintegrar a MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES al mismo cargo que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

desempeñaba al momento de la desvinculación, o uno de igual o superior categoría el cual debe ajustarse a las recomendaciones médico laborales vigentes al momento del reintegro, y el pago de los salarios dejados de percibir a razón de \$997.547 mensuales con los respectivos aumentos legales que hayan tenido lugar, así como el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, desde el 19 de mayo de 2021, hasta que se haga efectivo el reintegro, conforme quedo explicado en la parte motiva de la esta sentencia.

QUINTO. CONDENAR a la AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP a reconocer y pagar a favor de la demandante MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en razón a 180 días salarios en cuantía de \$5.985.282.

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la parte pasiva en su contestación

SÉPTIMO. ABSOLVER a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO. COSTAS. Lo serán a cargo de AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP. Tásense como agencias en derecho conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de 3 SMLMV.

NOVENO. Por la naturaleza jurídica de AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP, si esta sentencia no es apelada se dispone CONSULTARLA 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

Para arribar a la anterior decisión, hizo mención el art. 26 de la Ley 361 de 1997, las sentencias CSJ con rad. 3772 de 2018, CC SU049-2017, C824-2011 y T177-2013 y las pruebas documentales aportadas por la parte actora, esto es, exámenes practicados, diagnósticos médicos, incapacidades, recomendaciones médicas e historia clínica, (fl. 133 a 230 del expediente), para concluir que la demandante demostró su estado debilidad manifiesta al momento de su despido, no solo al padecer *“trastornos de los discos intervertebrales, temblor no especificado, epicondilitis media, epicondilitis lateral, tenosinovitis del estiloides radial”*, sino también al estar incapacitada desde el 13 de febrero de 2017; y agregó que, si bien la actora no tenía calificación de pérdida de capacidad laboral a la terminación del contrato, lo cierto es que en ese momento estaba incapacitada y padecía de deterioro en su salud, lo cual era conocido por la demandada, por lo que era procedente el amparo solicitado.

2.4. Del recurso de apelación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

Inconforme con la decisión, la demandada fundamentó su recurso en el hecho que la demandante no fue despedida, sino que el contrato fue terminado por la obra o labor contratada, agregó que no obstante estar incapacitada, laboró hasta el final y al no estar calificada en su pérdida de capacidad laboral no era posible saber su estado de salud, aunado a que nunca hubo discriminación contra 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 cual solo fue utilizado por la parte actora para reafirmar los argumentos de su 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 66A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita a las materias objeto del recurso de apelación.

3. 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:

¿Es dable otorgar a la demandante su estabilidad laboral reforzada por condición de salud cuando ha suscrito contrato de trabajo por obra o labor contratada y termina por cumplimiento de la misma?

Tesis

Revocar 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 SL1154-2023 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 por obra o labor contratada el 22 de abril de 2013 (*Img. 6 archivo expedientedigital.pdf*), ii) para desempeñar el cargo de Operaria de Barrido, iii) el 11 de febrero de 2018 fue terminado el contrato (*Img. 194 02019-460contestaciondemanda.pdf*) iv) fue reintegrada el 25 de junio de 2018 por orden del Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá (*Img. 197 y 201 archivo 02019-460contestaciondemanda.pdf*), y v) el 18 de mayo de 2021, la demandada cesó los efectos del reintegro, la no demostrar el deber de adelantar el proceso ordinario laboral dentro de los 4 meses siguientes de la sentencia de tutela (*Img. 239 a 241 archivo 02019-460contestaciondemanda.pdf*).

Dicho lo anterior, se debe empezar por abordar el argumento de la recurrente cuando afirma que no hubo despedido, sino que el contrato de trabajo se terminó por cumplimiento de la obra para la cual fue contratada la demandante. Al respecto, como se dijo en líneas anteriores, Marley Solano Payares fue contratada mediante dicha modalidad contractual, sujeta al proyecto interadministrativo suscrita entre la demandante y la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB SA ESP, tal como se desprende de la cláusula segunda de su contrato de trabajo (*Img. 6 expedientedigital.pdf*):

SEGUNDA: El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o la labor contratada. Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP, conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato.

A su vez, a folios 36 a 51 del *archivo 02019-460contestaciondemanda.pdf*, obra contrato interadministrativo No 1-07-10200-0809-2012, suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., mediante el cual se acuerda, entre otras, “realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de empresa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP". Asimismo, frente a la duración del convenio, las partes pactaron la siguiente duración:

CUARTA. – DURACIÓN Y PLAZO DE EJECUCION: el presente contrato tendrá un plazo de ejecución de **CUATRO (04) MESES Y CATORCE (14) DÍAS**, contados a partir del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), de acuerdo al acta de inicio suscrita por las partes. No obstante lo anterior, este contrato estará vigente desde la fecha de perfeccionamiento hasta su liquidación.

Duración que se prorrogó sucesivamente a través de varios otrosíes en las siguientes fechas (ver folios 52 a 97 del *archivo 02019-460contestaciondemanda.pdf*):

El 10 de diciembre de 2012:

SEGUNDA: Se modifica la Cláusula Cuarta del Contrato Interadministrativo N° 1-07-10200-0809-2012, la cual quedará así:

"CUARTA. – DURACIÓN Y PLAZO DE EJECUCION: La duración del presente contrato será desde la fecha de su perfeccionamiento hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013). La ejecución de actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias tendrá un plazo de CUATRO (04) MESES Y CATORCE (14) DÍAS, contados a partir del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), de acuerdo al acta de inicio suscrita por las partes. Este contrato estará vigente desde la fecha de perfeccionamiento hasta su liquidación."

El 17 de abril de 2013:

Que con fundamento en lo anterior las partes acuerdan:

CLÁUSULA PRIMERA: Prorrogar la vigencia del Contrato Interadministrativo N° 1-07-10200-0809-2012 hasta el diez (10) de octubre del 2013.

El 10 de octubre de 2013:

aplicables al Contrato principal y a las siguientes cláusulas: PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del Contrato citado en Dos (02) meses y Siete (07) días, hasta el 17 de Diciembre de 2013 y adicionar su valor en la suma de VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$ 24.231.666.667) MONEDA CORRIENTE EXCENTOS DE IVA, para un valor total de CIENTO CUARENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESO (\$ 140.231.666.667) MONEDA CORRIENTE

El 17 de diciembre de 2013:

CLÁUSULA SEXTA: Prorrogar el término de vigencia del Contrato Interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 hasta el 31 de marzo de 2014.

CLÁUSULA SÉPTIMA: Las demás disposiciones del documento contractual que no se contrapongan a lo dispuesto en este otrosí modificatorio, continuarán vigentes en su totalidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.
Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.
Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

El 31 de marzo de 2014:

CLÁUSULA CUARTA: Prorrogar el término de vigencia del Contrato Interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 hasta el 15 de Agosto de 2014.

La presente adición cuenta con respaldo presupuestal según Solicitud de Pedido en SAP N° 6000014718 y Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 1600023196.

El 14 de agosto de 2014:

OBJETO.- Prorrogar el plazo del Contrato citado en CUATRO (4) MESES Y QUINCE (15) DIAS, esto es hasta el 31 de Diciembre de 2014 y adicionar su valor en la suma de CUARENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$41.169.000.000) M/CTE, para un valor total del contrato de DOSCIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$206.367.127.948)

El 31 de diciembre de 2014:

términos del presente documento, el cual se regirá por las disposiciones aplicables al Contrato principal y a las siguientes cláusulas: PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del Contrato citado en QUINCE (15) DIAS CALENDARIO esto es hasta el 15 de Enero de 2015. PARAGRAFO: La presente modificación no genera sobrecostos para las partes contratantes. SEGUNDA::

El 15 de enero de 2015:

documento, el cual se regirá por las disposiciones aplicables al Contrato principal y a las siguientes cláusulas: PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del Contrato citado en once (11) meses, esto es hasta el 15 de diciembre de 2015 y adicionar su valor en la suma de NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NUEVE PESOS (\$95.997.425.009,00) M/CTE, para un valor total del contrato de TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$343.533.552.957,00) M/CTE. PARÁGRAFO.-

El 15 de diciembre de 2015:

PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en SEIS (6) MESES Y DIECISÉIS (16) DÍAS CALENDARIO, esto es hasta el 30 de junio de 2016 y adicionar su valor en la suma de SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$76.867.162.439) M/CTE, para un valor total del contrato de CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES DOSCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$421.504.201,326) M/CTE. SEGUNDA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se

El 28 de junio de 2016:

documento, el cual se regirá por las disposiciones aplicables al Contrato principal y a las siguientes CLÁUSULA PRIMERA.- Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en TRES (3) MESES, esto es hasta los 30 días del mes de Septiembre de 2016. CLÁUSULA SEGUNDA: -Adicionar su valor en la suma de VEINTE MIL SEISCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$20.660.000.000) M/CTE, para un valor total del contrato de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$434.778.201.326) M/CTE. CLÁUSULA TERCERA: -Adicionar Literal D) a la CLÁUSULA DECIMA PRIMERA del contrato

El 30 de septiembre de 2016:

CLÁUSULA SEGUNDA: Prorrogar el termino de ejecución del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 en tres (3) meses, esto es hasta el 31 de Diciembre de 2016.

El 16 de diciembre de 2016:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

por las disposiciones aplicables al Contrato principal y a las siguientes **CLAUSULAS. PRIMERA:** **PRORROGA.** Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado por el término de QUINCE (15) DIAS CALENDARIO, esto es hasta el **15 de Enero de 2017.** **SEGUNDA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.** Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado por lo acordado en este documento. **TERCERA: PERFECCIONAMIENTO.** Este documento se perfecciona con la firma de las partes y se ejecuta con

El 13 de enero de 2017:

CLAUSULA SEGUNDA: Prorrogar el termino de ejecución del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 en DOCE (12) meses, esto es hasta el 15 de Enero de 2018.

El 15 de enero de 2018:

CLÁUSULAS: PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en **VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO**, esto es hasta el **12 de Febrero de 2018** y adicionar su valor en la suma de **DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS (\$16.973.317.000) M/CTE**, para un valor total del contrato de **SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$635.006.083.440) M/CTE.**

Contrato interadministrativo que no tuvo más prórrogas, de acuerdo con lo ordenado en providencia judicial de fecha 24 de agosto de 2017, Radicado No. 11001333400120120014203 por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera (fl. 99 a 139 *archivo 02019-460contestaciondemanda.pdf*), en donde se declaró la nulidad parcial del Acuerdo 12 de 5 de septiembre de 2015 proferido por la Junta Directiva de la EAAB SA ESP que pretendía la ampliación de su objeto social, quedando imposibilitada para efectuar cualquier actividad y suscribir contratos relacionados con la prestación del servicio público de aseo como lo era el contrato interadministrativo antes mencionado, cuya actividad la ejecutó la demandada hasta el 11 de febrero de 2018.

Asimismo, obra a folio 172 del *archivo 02019-460contestaciondemanda.pdf* carta de terminación de contrato de trabajo, en virtud del cual, el 9 de febrero de 2018, la directora de gestión humana de la entidad demandada por terminado el contrato con la actora en los siguientes términos:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.



De lo anterior, conforme a los criterios expuestos en la jurisprudencia atrás reseñada, el *a quo* no acertó en la interpretación del art. 26 de la Ley 361 de 1997, al desconocer que la presunción de discriminación ocurre solo cuando hay despido contra un trabajador con discapacidad, y no cuando el contrato termina por una causa objetiva.

En efecto, el art. 45 del Código Sustantivo del Trabajo permite que el contrato de trabajo pueda celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, y el art. 61 literal d) del mismo compendio normativo, admite que el contrato de trabajo se termine por el cumplimiento de la obra o labor contratada. Situación diferente al despido, entendido como la facultad que tiene el empleador de dar por terminado el contrato de forma unilateral a la luz del literal h) del mencionado artículo 61 y 62.

Es así como la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, conforme al mencionado artículo, «no depende de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado» (CSJ SL, 6 mar. 2013, rad. 39050). De ahí que, cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada (CSJ SL3282-2019).

Como se aprecia, la modalidad contractual acordada corresponde precisamente al tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada. De esa forma, considera la Sala que se cumplió con el requisito de determinar y delimitar con claridad y especificidad la obra o labor contratada (CSJ SL4936-2021), en tanto que, se definió la circunstancia concreta hasta la cual el nexo se extendería, esto es, hasta la terminación del contrato interadministrativo No 1-07- 10200-0809-2012, suscrito entre la EAAB y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., es decir, que tal condición era concreta y determinable.

Así las cosas, y dado que la estabilidad laboral del trabajador con afecciones de salud vinculado con contrato por duración de la obra o labor contratada, la terminación de esta se constituye en una causal objetiva para su extinción, no encajaría en la protección del art. 26 de la Ley 361 de 1997, así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL3520-2018, en la que indicó: *“De acuerdo con las anteriores consideraciones, es dable señalar en relación con los contratos por duración de la obra o labor contratada, que el cumplimiento de su objeto es una razón objetiva de terminación del vínculo laboral. En efecto, la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que, desde este momento, la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente”*.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, y su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.

Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.

Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

En primera instancia estarán a cargo de la demandante. Sin costas en esta instancia.

5. 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:

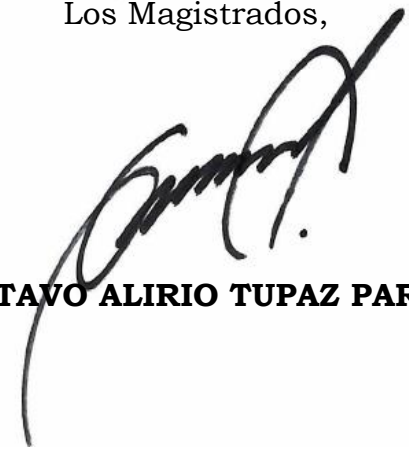
PRIMERO. REVOCAR la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá el 17 de agosto de 2022, y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP de todas y cada una de las pretensiones incoadas por MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Las costas de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

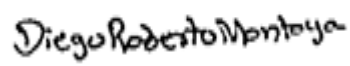
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

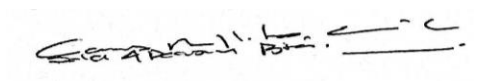


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00460-02.
Demandante: MARLEYS MERCEDES SOLANO PAYARES.
Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP.



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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

1. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** que se surte a favor de **FRANCISCO JAVIER LONDOÑO DÍAZ**, con ocasión de la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el beneficiario adelanta contra **COLPENSIONES**.

2. AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada María Alejandra Almanza Núñez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.018.456.532 de Bogotá y T.P. No. 273.998 del C.S de la J, como apoderado de Colpensiones, de acuerdo con el poder aportado en archivo segunda instancia *05alegatoscolpensiones*.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante pretende de Colpensiones el reconocimiento de su derecho pensional de vejez por alto riesgo, y en consecuencia, solicitó el pago

de las mesadas pensionales causadas desde la semana 1.029 de cotización, los incrementos, intereses moratorios, indexación y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones relató los siguientes hechos que se resumen así: el actor viene laborando como piloto de aeronave comercial desde el 22 de diciembre de 1998 a la fecha, devengando como salario actual la suma de \$20.702.900, afirmó que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo con Avianca SA; que tiene cotizadas más de 1.246,89semanas en Colpensiones; que su labor es considerada como trabajo de alto riesgo por lo que tiene derecho a la pensión bajo el Decreto 2090 de 2003 y que mediante Resolución SUB313836 de 2019 le fue negado su derecho pensional, y a pesar de que interpuso los recursos correspondientes la decisión no fue modificada (f.º 5 a 16, archivo 01demanda.pdf).

3.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada se apuso a las pretensiones de la demanda, argumentó que no concedió la pensión de vejez al demandante, por cuanto la labor de piloto aviador de aerolínea comercial no está catalogado como de alto riesgo a la luz del Decreto 2090 de 2003, ni tampoco se hizo cotizaciones por ese riesgo. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido inexistencia de intereses moratorios, y la genérica (f.º 2 a 14, archivo 05contestacioncolpensiones).

3.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, de todas las pretensiones formuladas en su contra por FRANCISCO JAVIER LONDOÑO DÍAZ.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante. Liquídense con la suma de \$500.000 como agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Para llegar a esta conclusión señaló que los Decreto 1281 de 1994 y 2090 de 2003 no contemplaron la actividad de aviador comercial como actividad de alto riesgo, adicionalmente que la sentencia C-093 de 2017 de la Corte Constitucional, ni los acuerdos convencionales lo ha estipulado, aunado a que tampoco se reporta cotizaciones por alto riesgo.

Contra dicha decisión las partes no interpusieron recurso alguno.

3.4 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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, mediante auto de 23 de mayo de 2023 se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada para reafirmar los argumentos de su contestación.

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 de la consulta a favor del demandante.

4. 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:

¿El viable catalogar la labor de aviador comercial que desarrolla el demandante como de alto riesgo?, en caso afirmativo, se verificará los demás requisitos para acceder a la pensión especial de vejez.

Tesis

Se confirmará la decisión de primer grado.

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

4.1. De las actividades de alto riesgo y caso concreto

No fue motivo de discusión en esta instancia los siguientes supuestos fácticos: i) que el actor nació el 1 de junio de 1970, ii) se desempeña como aviador en la empresa Copa Airlines SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde 22 de enero de 2004 a la fecha y iii) que ha cotizado al régimen de prima media con prestación definida más de 691 semanas.

A efectos de resolver el problema jurídico, es pertinente identificar si el cargo de aviador comercial está catalogado como una actividad de alto riesgo como lo pretende el demandante. Al respecto, ha sido tradicional por parte del Acuerdo 49 de 1990 y los Decretos 1295 de 1994 y 2090 de 2003 enlistar aquellas actividades catalogadas como tal, conservándose a la fecha, entre ellas: a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea; b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas; c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y, d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígena, agregando a ese listado por parte del Decreto 2090: e) los trabajadores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en lo que refiere a técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida, f) el cuerpo oficial de bomberos con funciones de extinción de incendios y g) los guardianes del INPEC en los centros de reclusión.

Podría pensarse, en principio, que la enumeración hecha resulta incompleta, y en algunos casos desigual, frente a otras actividades que no fueron incluidas y que tienen un mismo nivel de impacto, es así como la Corte Constitucional en Sentencia C-1125 de 2004, al examinar la constitucionalidad del Decreto 2090 señaló que no se incurre en omisión legislativa cuando en el listado no se incluyen otras actividades, pues *el criterio tenido en cuenta para determinar si una actividad es considerada de alto riesgo no sólo fue la ocupación misma sino el tiempo de exposición a los efectos nocivos que ella puede generar, es decir, la frecuencia con que la persona desempeña la actividad y la fatiga a que se ve enfrentada, cuestiones que perjudican o desmejoran su expectativa de vida.*

Más adelante agregó que *condiciones adversas a las que se ven enfrentados unos y otros servidores son distintas, no solo en razón de las funciones, que son disímiles, sino por la tensión permanente a la que se ven expuestos. Justamente cuando se pretendió regular de manera concreta las actividades que generan alto riesgo en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil se tuvo en cuenta la que generaba mayor fatiga mental y por contera disminuía la expectativa y calidad de vida, disminución que por lo menos en lo atinente a ese factor no se encuentra latente en la actividad de los bomberos aeronáuticos*, y con ello, concluyó que el numeral 5 del art. 2 del mencionado Decreto es exequible.

Ahora bien, esa alta corporación, tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse con ocasión de la demanda presentada por un ciudadano que aseguraba que el listado del art. 12 era inconstitucional, al dejar de incluir la actividad de aviador civil, que en su sentir, eran más riesgosas y peligrosa que las demás, es así como en sentencia C-093 de 2017, luego de resolver los cargos respecto de cosa juzgada y de inepta demanda, indicó que en últimas, lo que pretende el demandante es que la Corte asuma un rol distinto del que le corresponde en el marco del control abstracto de constitucionalidad, efectuando una labor hermenéutica, para determinar el alcance del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003; y segundo, efectuando una labor subsuntiva, estableciendo si la aviación civil encuadra dentro del numeral 3 del artículo 2 de dicha normatividad.

Bajo esa línea, respecto en sí de las actividades de los aviadores civiles, señaló que no es posible determinar sobre las premisas fácticas y los elementos probatorios, la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, por cuanto no se allegaron pruebas conclusivas, más cuando *«según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por*

gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares generalmente aceptados».

Agrega que las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; *«por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo advirtieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional».*

Además, para demostrar que la aviación civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a las radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que *«esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas; y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestos a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vuelos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar».*

De lo anterior, la Sala debe concluir que, en el caso particular del actor, la actividad de aviador comercial no sólo no está prevista en las normas jurídicas como de alto riesgo, sino que además del examen hecho por la Corte Constitucional no se evidencia que la misma pueda generar alguna situación que la pueda configurar como tal, por lo que al ser un supuesto necesario para la configuración del derecho a la pensión de alto riesgo bajo las premisas del Decreto 2090 de 2003, esta Sala, al no

encontrarlo configurado confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

6. 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** en todas sus partes la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de noviembre de 2022, de acuerdo con lo motivado en esta providencia.

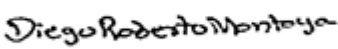
SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

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.

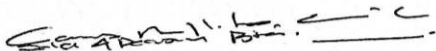
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 -2020-00364 -01.

Demandante: ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ.

Demandado: COLPENSIONES y BANCOLOMBIA SA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

1. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ, COLPENSIONES y BANCOLOMBIA S.A.**, interpusieron contra la sentencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 1°. de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra las segundas.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicitó de las demandadas el pago del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 9 de junio de 196 al 20 de junio de 1966, y en consecuencia, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, o con la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003, el retroactivo, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que ingresó a laborar con Bancolombia S.A., desde 9 de junio de 1954 en el cargo de mensajero supernumerario hasta el 20 de junio de 1966 fecha en la cual su contrato

fue terminado sin justa causa sin estar afiliado al régimen de seguridad social en pensiones. Agregó que nació el 25 de agosto de 1945, que pertenece al régimen de transición, que por culpa de la omisión en la afiliación cotizó sobre el salario mínimo como independiente y que, a pesar de las reclamaciones hechas a Bancolombia, esta se ha negado a pagar (*archivo 16escritodedemanda.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Bancolombia SA contestó a la demanda y propuso a su vez demanda de reconvencción contra el actor. Frente a la primera aceptó la modalidad del contrato, el cargo y los extremos de la relación laboral, se opuso a las pretensiones y arguyó que no afilió al actor al sistema de seguridad social por cuanto no existía cobertura del sistema, ya que el ISS solo inició actividades del 1° de enero de 1967, ni tampoco existía la obligación del empleador de hacerlo por lo que tampoco se efectuó descuento alguno del salario. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de un marco legal para la afiliación al sistema de seguridad social, inexistencia del deber de cálculo actuarial, buena fe y prescripción.

En lo que concierne a la demanda en reconvencción, pretendió que se declare que existió un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad demandada, vigente entre el 9 de junio de 1964 y el 20 de junio de 1966 y que para dicho periodo no existía cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del Instituto de Seguros Sociales, por lo que frente a un eventual cálculo actuarial el demandado en reconvencción debe reconocer el 25% del mismo (*archivo 16escritodecontestaciondemandabancolombia.pdf*).

Por su parte el demandante, demandado en reconvencción, contestó a la misma oponiéndose a que debe pagar el 25% del cálculo actuarial, pues de acuerdo con la jurisprudencia, este debe estar en un 100% a cargo de la empresa. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y genérica (*archivo 16escritocontestademandareconvenccion.pdf*).

Por su parte, Colpensiones contestó a la demanda y se opuso a todas las pretensiones, aceptó la edad del actor y que Bancolombia no realizó pago de cálculo actuarial. En relación con la pensión de vejez, arguyó que el actor no tiene derecho a ella, pues no pertenece al régimen de transición y no cuenta con el número mínimo de semanas de que trata la Ley 100 de 1993. Formuló la excepción de Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica (*archivo 13escritodecontestacolpensioes.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

Se trata de la sentencia proferida por el *a quo* en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que, entre ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ y la demandada BANCOLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo vigente entre el lapso comprendido entre el 09 de junio de 1964 al 20 de junio de 1966, en el marco del cual percibió como mínimo una asignación salarial mensual equivalente a \$687.97.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandada BANCOLOMBIA S.A. en su calidad de empleador de ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ, le asiste la obligación de pagar el cálculo actuarial en la forma ordenada en la parte motiva de la presente sentencia, por el lapso comprendido entre el 09 de junio de 1964 al 20 de junio de 1966, partiendo de un ingreso base de cotización de \$687.97.

TERCERO: DECLARAR que la demandada BANCOLOMBIA S.A. en su calidad de empleador, debe pagar, con destino a COLPENSIONES, el valor del cálculo actuarial que esta entidad realice tomando para el efecto la relación de trabajo acreditada con el señor ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ, en el lapso comprendido entre el 09 de junio de 1964 al 20 de junio de 1966, partiendo para dicho calculo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de un ingreso base de cotización de \$687.97. y en dado caso, no inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin incluir como variable, suma alguna o porcentaje por concepto de intereses moratorios siguiendo los lineamientos del decreto 1887 de 1994. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que una vez BANCOLOMBIA S.A., efectuó el pago del cálculo actuarial en los términos aquí indicados, proceda a CORREGIR o ACTUALIZAR la historia laboral de ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ, incluyendo en ella los tiempos reportados por BANCOLOMBIA S.A. para el lapso comprendido entre 09 de junio de 1964 al 20 de junio de 1966. Y, una vez actualizada la historia laboral, proceda a reconocer, liquidar y pagar al demandante, la pensión de vejez, en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con las previsiones de edad, tiempo y monto, del acuerdo 049 de 1990, tomando como tasa de

reemplazó el equivalente al 90% del IBL, establecido en el promedio de cotizado en los últimos 10 años o, en lo devengado en toda la vida laboral, cualquiera que resulte más favorable al demandante en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, pensión que no podrá ser inferior al SMLMV, debiéndose pagar las mesadas pensionales correspondientes a partir del 1° de febrero de 2021, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar, que en la media en que procede reconocimientos de mesadas pensionales a partir del 1° de febrero de 2021, los valores respectivos deberán ser indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula: $\text{INDICE FINAL} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$ (Valor de cada mesada pensional) INDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes de causación de la respectiva mesada, y como índice final el del momento que se efectúe el pago correspondiente. Autorizándose a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a deducir del porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas BANCOLOMBIA S.A y COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas, y frente a las absoluciones producidas, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en la instancia.

OCTAVO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSULTESE con el SUPERIOR.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no fue motivo de discusión la relación laboral sostenida entre el actor y la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de junio de 1964 al 20 de junio de 1966 en el cargo de super numerario, por lo que, si bien para esa época no existía cobertura por parte del ISS, el empleador estaba obligado a reconocer la pensión de jubilación y dado que esa obligación no podía subrogarse, la llamada a juicio debe responder por esos periodos laborados por el trabajador a través de cálculo actuarial, sin el pago de intereses de mora.

Agregó que una vez hecha la contabilización de esas semanas el actor cumple con los requisitos para permanecer en el régimen de transición y acceder a la pensión de vejez, la cual será reconocida por Colpensiones en concordancia con las previsiones de edad, tiempo y monto, del acuerdo 49 de 1990, tomando como tasa de reemplazó el equivalente al 90% del IBL,

con en el promedio de cotizado en los últimos 10 años o de lo devengado en toda su vida laboral, los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, pensión que no podrá ser inferior al salario mínimo a partir del 1º de febrero de 2021.

Por último, frente a las pretensiones de la demanda de reconvención indicó que no son procedentes por cuanto de acuerdo con el art. 22 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Suprema, los aportes al sistema de seguridad social de periodos no cotizados son de exclusiva responsabilidad del empleador, así no haya hecho las deducciones de la porción que le corresponde al trabajador.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

La demandante solicitó inicialmente la adición de la sentencia, pues según su dicho, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a mediante Resolución SUB264634 de 2021, sin embargo, el juez la negó por cuanto dicho acto administrativo no reposa en el expediente, pero la adicionó en el sentido de negar los intereses moratorios, los cuales fueron apelados por la actora, pues en su sentir, se debe aplicar los intereses del art. 141 de la Ley 100 de 1990 por ser legalmente viables.

Por su parte Bancolombia SA, arguyó como motivo de inconformidad que entre el 9 de junio de 1964 y el 20 de junio de 1966 no existía cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del Instituto de Seguros Sociales, por lo que ninguna persona está obligada a lo imposible, y si bien las pensiones antes de 1966 estaban a cargo del empleador, lo cierto es que esa obligación solo era dable para trabajadores con más de 10 años de servicios, aunado a que en el presente caso se debe aplicar la sentencia T281-2020.

Por último, Colpensiones manifestó en su recurso que el actor no es beneficiario del régimen de transición, que no solicitó administrativamente la pensión de vejez, por lo que se trata de una pensión anticipada desconociendo el trámite administrativo.

2.5. 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, mediante auto de 15 de junio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las recurrentes 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 los artículos 66 A y 69 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 al grado jurisdiccional de consulta.

3. 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:

¿Es dable imponer a BANCOLOMBIA S.A. una condena por cálculo actuarial, Y a su vez que sea COLPENSIONES quien efectué tal cómputo y proceda a reconocer la pensión de vejez al demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. Calculo Actuarial. Trabajadores Bancolombia S.A.

De vieja data, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad respecto de los tiempos no subrogados por falta de llamado a inscripción, los cuales bajo su criterio, 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.

Asimismo, y 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).

Conviene 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, citada por Bancolombia en su recurso, 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. Criterio en mención que fue adoptado sentencias CSJ SL4917-2020, CSJ SL3327-2022, en donde se discutió situaciones de similares contornos fácticos a los que hoy estudian.

Así las cosas, le asiste razón al *A Quo* al impartir condena por concepto de cálculo actuarial, al haber sido aceptado por parte de BANCOLOMBIA SA que el demandante estuvo a su servicio entre el 9 de junio de 1964 y el 20 de junio de 1966 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.

3.2. Del régimen de transición y la reclamación previa de reconocimiento pensional.

De otra parte, en el juicio, el *a quo* ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, pues en su sentir, con el cálculo actuarial, más las semanas cotizadas por el actor, le eran suficientes para adquirir el derecho bajo el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y a su vez, con las condiciones del acuerdo 49 de 1990, tomando como tasa de reemplazo el equivalente al 90% del IBL, con en el promedio de cotizado en los últimos 10 años o de lo devengado en toda su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 -2020-00364 -01.

Demandante: ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ.

Demandado: COLPENSIONES y BANCOLOMBIA SA

vida laboral, los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, pensión que no podrá ser inferior al salario mínimo a partir del 1° de febrero de 2021.

No obstante, Colpensiones manifestó en su recurso que el actor no es beneficiario del régimen de transición y que no solicitó administrativamente la pensión de vejez, por lo que se trata de una pensión anticipada desconociendo el trámite administrativo. Al respecto, frente al primer punto, esto es, respecto del régimen de transición, contrario a lo afirmado por la recurrente, el actor hace parte de dicho régimen, pues a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con 48 años tal como se desprende de su documento de identificación visible a folio 16 del archivo *07escritosubsanaciondemanda*.

De la misma manera, el Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, modificó el régimen de transición que la Ley 100 extendía hasta el 2014, y lo mantuvo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigor de éste, acreditaran, por lo menos, 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Al caso y una vez revisada la historia laboral allegados (fls. 12 a 13 archivo *01escritodedemanda*), se advierte que para el 29 de julio de 2005, el actor contaba con 682,78 semanas, más las ordenadas a través de cálculo actuarial, esto es, del 9 de junio de 1964 al 20 de junio de 1966, suma un total de 787,20, por lo que se extendió su transición hasta 2014, razón por la cual acertó el juez de primer grado en este punto.

En lo que respecta a que el actor no solicitó administrativamente la pensión de vejez, por lo que se trata de una pensión anticipada, considera la Sala que este argumento tampoco sale adelante, como quiera que no es indispensable que se agote la reclamación administrativa de que trata el art. 6 del CPT y la SS para que el juez profiera condena en contra de la demandada, si la misma no fue alegada como excepción previa en las etapas del proceso como en efecto sucedió, ya que al revisar la contestación de la demanda, así como la audiencia del art. 77 del CPT y la SS nada se dijo sobre el particular, por lo que tal deficiencia quedaría subsanada de acuerdo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 -2020-00364 -01.

Demandante: ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ.

Demandado: COLPENSIONES y BANCOLOMBIA SA

con lo dicho en sentencias CSJ Rad. 12221 de 13 oct. 1999, CSJ Rad. 30056 de 24 de mayo de 2007, reiteradas en sentencia CSJ SL2035-2020.

3.3. De los intereses moratorios.

Por último, en lo atinente al motivo de inconformidad de la parte actora frente a la no concesión de los intereses moratorios, la Sala debe señalar que tales intereses al encontrarse previstos en el art 141 de la Ley 100 de 1993, tienen como finalidad la de castigar a aquellas entidades que incurran en mora en el pago en las mesadas pensionales que se calcularán sobre la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Del mismo modo, los intereses moratorios al tener el carácter meramente resarcitorio, y no sancionatorio, no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe (CSJ SL10728-2016); salvo se trate de algún cambio jurisprudencial en lo que las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y la obligación se produce o modifica por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas, caso en el cual se puede relevar la imposición de dichos intereses (CSJ SL4650-2017).

Y es que la negativa de tales intereses encuentra apego no solo en que el demandante no solicitó directamente la pensión de vejez ante Colpensiones, con lo cual no se podría contabilizar el término de los cuatro meses de que trata el art. 9 de la Ley 797 de 2003 para contabilizar la mora, sino además porque el reconocimiento del cálculo actuarial obedeció a un cambio jurisprudencial como se señaló en precedencia.

Así las cosas, se confirmará en todas sus partes la sentencia impugnada.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 -2020-00364 -01.

Demandante: ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ.

Demandado: COLPENSIONES y BANCOLOMBIA SA

Sin costas en esta instancia.

5. . 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** en todas sus partes la sentencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 1°. de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ adelanta contra COLPENSIONES y BANCOLOMBIA S.A., de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

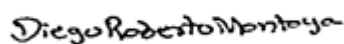
SEGUNDO. – Sin Costas en esta instancia.

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,



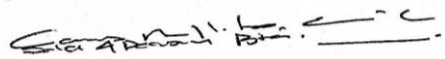
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 -2020-00364 -01.
Demandante: ALBERTO RAMÍREZ GUTIÉRREZ.
Demandado: COLPENSIONES y BANCOLOMBIA SA



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de noviembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **ALEJANDRA RUIZ RUBIANO** adelanta contra COLPENSIONES y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. Old Mutual S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; en consecuencia, que esta traslade el monto total de sus aportes.

Como fundamento de sus pretensiones, argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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 **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES** (fls. 56 a 64 del archivo 01 y 14 a 19 del archivo 09) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

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. 05 a 10 archivo 12).

2.4. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de marzo de 2003.

SEGUNDO. CONDENAR a SKANDIA a transferir a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros, El porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA de las pretensiones incoadas en su contra por parte de SKANDIA.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA, y a favor de la demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA, y a favor de MAPFRE SEGUROS DE VIDA, fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

2.5. Argumentos de la Recurrente.

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 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; que al declararse la ineficacia se le obliga a devolver unos dineros que no están en su poder; que COLPENSIONES, se estaría enriqueciendo con su gestión; que en caso que sea confirmada la sentencia en cuanto a la devolución de los gastos de administración, primas de servicios y seguros previsionales, estos están prescritos, ya que, el contrato de seguro celebrado entre SKANDIA S.A y MAPFRE SEGUROS DE VIDA es regulado por el Código de Comercio que en su artículo 1081 señala que las acciones que se deriven del contrato de seguros previsionales prescriben en dos años; que dicho contrato tuvo vigencia entre 2003 y 2018, por consiguiente cabe la figura de prescripción de esas primas; que como el contrato de seguro provisional se regula por normas diferentes a las del contrato entre demandante y demandada en este caso sí aplicaría la figura de prescripción; que es MAPFRE SEGUROS DE VIDA quien debe responder por las pretensiones de la demanda por ser la llamada en garantía; y que al estar dicha aseguradora oponiéndose a la demanda principal debe ser condenada en costas.

2.6. 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, 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 y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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. Old Mutual hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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 mayo de 1992 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en el expediente administrativo visible en la carpeta 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Cesantías y Pensiones Old Mutual S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 11 de marzo de 2003 (fl. 17 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 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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 17 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de marzo de 2003 con Fondo de Cesantías y Pensiones Old Mutual S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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 Ruiz Rubiano se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (11 marzo 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 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 no recibió ningún tipo de asesoría al momento de realizar su afiliación al R.A.I.S.; 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.

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 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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.

Por ello, 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. Así, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022), como por la apelación impetrada, **MODIFICAR el numeral segundo** 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, rendimientos, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, también debe devolver lo correspondiente a **comisiones y bono pensional; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

Así mismo, se DISPONDRÁ que los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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 y seguros previsionales, 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 80 a 92 del archivo 09 obra pólizas No. 9201407000002 y 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 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, así como tampoco condena en costas pues no resultó vencida frente a quien la llamó a juicio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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 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, rendimientos, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, también debe devolver lo correspondiente a **comisiones y bono pensional; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

DISPONDER que los referidos conceptos a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00820 01.

Demandante: ALEJANDRA RUIZ RUBIANO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

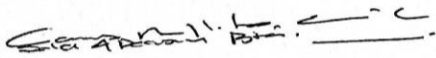
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00519 -01.

Demandante: **JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO.**

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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

AUTO

Reconocer como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la abogada Lyda Bibiana Gil Herrera identificada con C.C. 31.434.957 de Cartago y T.P. 373.527 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos del poder conferido.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de septiembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO** adelanta contra **PORVENIR S.A.**, y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.

Demandante: **JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, rendimientos, y a COLPENSIONES a recibirlo sin solución de continuidad en el régimen de prima media.

Como fundamento de sus pretensiones, la actora 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.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (archivos 05 y 08) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción, la primera también propuso la excepción de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado por JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A, y como consecuencia de ello, se ordena a dicha AFP a trasladar a la COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

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

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a volver a afiliar a JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR en costas a AFP PORVENIR S.A, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que a través de la práctica de prueba del interrogatorio de parte se puede colegir que el demandante tuvo

conocimiento sobre las características del R.A.I.S., que conocía plenamente sobre los aportes voluntarios, que su cuenta de ahorros iba a generar rendimiento; que el consentimiento del actor fue libre de vicios al momento de firmar el formulario de afiliación con la A.F.P.; que PORVENIR S.A. y las normas o requisitos de validez de todo acto jurídico no se pueden desconocer, únicamente porque en la actualidad le es más favorable la mesada pensional estando afiliado en COLPENSIONES; y que se debe adicionar la sentencia para que esta pueda acudir en contra de la A.F.P. en aras de obtener el resarcimiento por daños y perjuicios derivados de tener que recibir nuevamente al actor como afiliado.

2.5. 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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el demandante, 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 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.

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, estipula 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 febrero de 1995 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 44 a 46 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 15 de diciembre de 1997 (fl.69 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.

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 69 del archivo 08 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 15 de diciembre de 1997 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 Osorio Niño se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de diciembre de 1997) 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 los asesores de PORVENIR S.A informaron que se le reconocería de forma anticipada su pensión; 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.

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

Demandante: **JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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.

Por ello, 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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales primero y 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, rendimientos y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión**; todos los rubros aludidos en estos numerales 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).

Finalmente, frente a la posibilidad de demandar perjuicios por parte de COLPENSIONES, claramente ante el incumplimiento al deber de información que se evidencia en esta sentencia, podrá adelantar las acciones que considere pertinentes.

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 los numerales primero y segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de aportes pensionales, rendimientos y gastos de administración, los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, seguros previsionales, y aportes al fondo de**

Demandante: **JAVIER NORBERTO OSORIO NIÑO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

garantía de la pensión; todos los rubros aludidos en estos numerales deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER 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.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

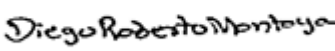
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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.

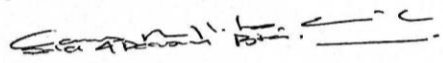
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00168-01.

Demandante: **FLOR ESDY GIRÓN GUALDRON.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS 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 (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSOS DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **FLOR ESDY GIRÓN GUALDRON** contra **COLFONDOS S.A.** y la recurrente.

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 COLFONDOS S.A.; en consecuencia, que COLFONDOS 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 del fondo

privado al 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 **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** (fls. 1 a 50 del archivo 7, y 1 a 112 del archivo 6), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy por COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 1° de marzo de 2001, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S. A.**, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y la comisión para constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO. ORDENAR a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de los dineros que efectúe **COLFONDOS S. A.**, para que proceda a activar la afiliación de la Demandante **FLOR ESDY GIRÓN GUALDRÓN**, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera propuesta por **COLPENSIONES**, y la de prescripción propuesta por cada una de las demandadas

QUINTO. CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL (\$1.800.000) PESOS MCTE a cargo de cada una.

2.4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES manifestó que se ha limitado al imperio de la ley, no recibió a la demandante en el régimen de prima media por la imposibilidad legal contenida en la Ley 797 del 2003, esto es, estar próxima a cumplir el

requisito edad para acceder a una pensión de vejez; que la demandante no fue obligada abandonar el régimen de prima media ni a trasladarse al R.A.I.S; que la actora nunca solicitó ningún tipo de información; que trascurrieron más de 20 años donde las variaciones del mercado le indicaron que la mesada pensional no sería lo que esperaba; que la actora netamente por una variación económica quiere regresar al régimen de prima media; y que siempre tuvo los canales de atención, tanto del I.S.S. como de COLPENSIONES, así como muy seguramente de COLFONDOS S.A.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de marzo de 2023, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por los apoderados de estas 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 a COLFONDOS 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 la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 10 de abril de 1986 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 de COLFONDOS S.A. el 01 de marzo de 2001 (fl. 102 del 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 (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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 102 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de marzo de 2001 con el Fondo de Cesantías y Pensiones 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 GIRÓN GUALDRON se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de marzo de 2001) 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 los asesores de COLFONDOS S.A. le manifestaron que podría obtener el reconocimiento de la pensión de vejez de forma anticipada y cuando el afiliado lo determinara, que los montos de la pensión en ambos regímenes pensionales eran asimilables, y que el fondo privado generaba mayores rendimientos; 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.

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 COLFONDOS 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 **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, esto es, aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben 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).

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 que los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, esto es, aportes pensionales, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, valores pagados por seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben 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**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00168-01.

Demandante: **FLOR ESDY GIRÓN GUALDRON.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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.

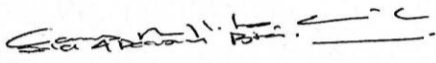
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR