TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105023 2019 00422 02**
Demandante:	**Jacinto Molina Mejía**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, ECOPETROL S.A. en calidad de responsable solidario de la An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia – liquidada y la Superintendencia de Sociedades.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

AUTO

Se reconoce personería para actuar en calidad de abogada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la abogada, **Martha Cecilia Rendón Gutiérrez**, identificada con C.C. N°. 52.735.592 y portadora de la TP. N°. 240.138, para los términos y los fines del mandato conferido (carpeta de segunda instancia, sub carpeta 3, carpeta 3).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **JACINTO MOLINA MEJÍA** actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones, Ecopetrol S.A., en calidad de responsable

solidaria de An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia y a la Superintendencia de Sociedades con el fin que se, declare que: *i)* tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde la fecha de causación; *ii)* la existencia de un contrato de trabajo con An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia S.A. hoy liquidada desde el 3 de enero de 1974 y el 31 de agosto de 1996; *iii)* entre An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia S.A. y la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol existió un contrato de obra, para prestar los servicios de perforación y mantenimiento de pozos petroleros en Colombia, siendo esta la beneficiaria directa de los trabajados realizados. Y solicita se ordene a la Superintendencia de Sociedades, a poner a disposición de Colpensiones, el bono pensional estipulado en el Auto 440-8784 y/o solicitar y pagar ante dicho ente el cálculo actuarial por los períodos faltantes en la historia laboral, al haberse omitido la acción de cobro, así como el cobro coactivo respecto al cálculo y/o cuota parte y/o bono pensional. (fl.° 203 de la carpeta 1). En caso de no prosperar esta ultima petición, en forma subsidiaria reclama se condene a Ecopetrol S.A. como solidaria responsable de la demandada An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia Liquidada a pagar ante Colpensiones el cálculo actuarial de los períodos laborados por el actor y faltante en su historia laboral – 3 de enero de 1974 al 31 de agosto de 1996 -.

En consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 12 de septiembre de 2014, la indexación, intereses moratorios y costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, el actor, en síntesis, señaló que: *i)* nació el 11 de septiembre de 1954 y para el 1° de abril de 1994 contaba con 39 años de edad y con más de las semanas requeridas si se contabilizaban las efectivamente laboradas; *ii)* al 31 de julio de 2005 había cotizado más de 750 semanas y se encontraba amparado con el régimen de transición; *iii)* en marzo de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; *iv)* mediante Resolución SUB 51564 del 3 de mayo de 2017 emitida

por Colpensiones se reconoció el pago de $57.898.557 por concepto de indemnización, la que liquidó con base en 602 semanas; *v)* prestó sus servicios a la empresa An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia S.A., entre el 1° de enero de 1974 y el 31 de agosto de 1996, en el cargo de oiler, a través de contratos discontinuos de obra; *vi)* la Superintendencia de Sociedades con el 27 de julio de 1995 convocó a la empresa An Son Drilling Company Of Colombia a concordato preventivo obligatorio y el 3 de julio de 1997 ordenó su liquidación obligatoria; *vii)* el 21 de febrero de 2016, presentó reclamo ante la Superintendencia de Sociedades acerca de la actualización y pago de aportes a seguridad social de los años laborados; *viii)* durante el tiempo que prestó los servicios a An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company, no fue afiliado al sistema de seguridad social integral, solo se hizo en abril de 1994; *ix)* fue beneficiario de un bono pensional de acuerdo a lo dispuesto en el Auto n°. 440-8784 del 4 de noviembre de 1996, expedido por la Superintendencia; *x)* el Instituto de Seguros Sociales se hizo parte en el proceso concursal, efectuando el cobro de los aportes al sistema de seguridad social, por valor de $535.987.799, pero omitió reclamar los pagos del 3 de enero de 1974 a 31 de agosto de 1996; *xi)* el representante legal de An Son Drilling Company Of Colombia Drilling hizo una previsión de aportes pensionales equivalentes a $535.987.799, siendo destinados al Instituto de Seguros Sociales, la suma de $354.723.339; *xii)* presentó ante Colpensiones solicitud de corrección de historia laboral, pero tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable, *xiii)* el 20 de noviembre de 2018 reclamó la pensión de vejez, siendo desatada de manera negativa, con Resolución SUB 44371 de febrero de 2019 en la que se determinó que contaba con 648 semanas; *xiv)* sumadas las cotizaciones relacionadas en el acto administrativo y las faltantes, ello, arrojaría como valor final 1.591,4 semanas; *xv)* An Son Drilling Company Of Colombia Drilling realizó trabajos en Colombia en calidad de contratista de Ecopetrol; *xvi)* presentó reclamación ante dicha entidad, pero, ella se negó a efectuar el pago de seguridad social como responsable solidaria.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 26 de junio de 2019 (fº 196, archivo 1), siendo admitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 3 de septiembre de 2019 (fº 214, ibídem), la cual fue notificada mediante aviso a Colpensiones, la Superintendencia de Sociedades y Ecopetrol, el 4 de octubre de 2019; 7 y el 11 del mismo mes y año, respectivamente (fº 216, 217, 218, ibídem).

La Superintendencia de Sociedades contestó la demanda dentro del término legal. Con relación a los hechos admitió que Colpensiones había presentado reclamación, referentes al pago de aportes al sistema de seguridad social en 1996; por ello, se hizo una disposición de los créditos de primera clase en cuantía superior a los 350 millones de pesos; respecto a las demás premisas fácticas, indicó que no le constaban o no eran ciertas, al considerar que se debía demostrar el número de semanas cotizadas. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que las mismas resultan improcedentes, pues, no se encuentra demostrado el daño causado por la entidad y en caso de que este existiera, se debe incoar acción de reparación directa. Como medio exceptivo propuso la de inexistencia del derecho y la obligación y la genérica.

En apretada síntesis expuso que, se pretende endilgar una responsabilidad en la supuesta omisión en la que incurrió An Son Drilling Company Of Colombia Drilling, al no efectuar el pago de aportes al sistema de seguridad social necesario para el reconocimiento pensional, pero, la sociedad liquidada no contó con los recursos suficientes para cubrir la totalidad de las acreencias, siendo el actuar de la convocada ajustado a las funciones asignadas por la Ley (fl. 220 de la carpeta 1). Asevera que su ex empleadora no contó con los recursos suficientes para cubrir todas las acreencias, su capital solo alcanzó para la constitución del valor del cálculo actuarial de los pensionados.

Colpensiones, al pronunciarse respecto a los hechos del líbelo genitor, aceptó como cierto el atinente a la presentación de reclamación en marzo de 2017, por parte de Jacinto Molina, así como, el pago de la indemnización

sustitutiva superior a los $50.000.000 a favor de este; que, peticionó el reconocimiento pensional y la corrección de historia laboral, pero estas fueron desatadas de manera desfavorable. Negó en forma categórica, que el actor cumpliera los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, al no contar con la densidad de semanas necesarias para ello; además, que no le consta la posible relación laboral que hubiere existido entre él y An Son Drilling Company Of Colombia Drilling, así como tampoco tiene conocimiento del trámite concursal adelantado por la Superintendencia de Sociedades y el reconocimiento del bono pensional, por cuanto, la afiliación al RPM se presentó en abril de 1995. En los años 3 de enero de 1974 al 31 de agosto de 1996, no existe afiliación por parte de la referida sociedad, por lo que no era posible realizar un cobro coactivo. Como excepciones propuso las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (folio 249 de la carpeta 1).

A su turno, Ecopetrol S.A., informó que no le constaban los hechos relacionados en la demanda entre el 1° y 31, por hacer alusión a entidades diferentes a la petrolera y los demás fundamentos fácticos no eran ciertos, al no ser clara la demanda, respecto al interregno de tiempo que An Son Drilling Company Of Colombia Drilling efectuó trabajos en calidad de contratista, máxime que se alega la no prestación del servicio en forma exclusiva a esta compañía. Precisando que su oposición se centraba en que, no existen razones de hecho ni de derecho para que se declare la solidaridad de la entidad, pues en su sentir, no se allegó ninguna prueba de los pretendidos contratos de servicios y las otras reclamaciones son ajenas a la convocada. Propuso como excepciones las de, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. Cimentó su oposición, en que Jacinto Molina, prestó sus servicios a favor de An Son Drilling Company Of Colombia Drilling y otras compañías, pero no a Ecopetrol, además, que no se precisaron los interregnos de tiempo en que, la empresa liquidada efectuó trabajos como contratista a la petrolera (folio 268 de la carpeta 1).

En audiencia pública celebrada en junio de 2022, el juez de conocimiento decidió que las excepciones previas propuestas por la Superintendencia de

Sociedades y Ecopetrol, en lo tocante a la falta de jurisdicción y prescripción, serían decididas de fondo, teniendo en cuenta que se encontraba pendiente por resolver si procedía el reconocimiento del bono pensional (carpeta 29 del expediente digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2022, dispuso.

*"**PRIMERO. DECLARAR** que entre JACINTO MOLINA MEJÍA y AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA DRILLING COMPANY OF COLOMBIA existieron sucesivos contratos de trabajo por obra o labor en los extremos que se determinan a continuación, en los que se desempeñó como Cuñero, Perforador, Aceitero y Encuellador, y devengó un último salario por valor de $273.540.*

Desde	***Hasta***
3/01/1974	*31/12/1979*
2/10/1980	*28/02/1981*
1/03/1981	*31/05/1981*
1/06/1981	*15/02/1982*
16/02/1982	*15/07/1982*
16/07/1982	*15/01/1983*
16/01/1983	*15/06/1983*
16/06/1983	*31/10/1983*
1/11/1983	*30/11/1983*
29/03/1984	*15/01/1985*
20/10/1986	*22/10/1986*
22/09/1988	*16/12/1988*
22/09/1989	*19/10/1990*
25/10/1990	*4/09/1991*
19/09/1991	*31/08/1996*

***SEGUNDO. CONDENAR** a ECOPETROL, como responsable solidario en su calidad de beneficiario de la obra, a cancelar a favor de JACINTO MOLINA MEJIA el cálculo actuarial con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, por los períodos y sobre los salarios que a continuación se detallan, y que van desde el 02/10/1980 hasta el 30/03/1985. Y sobre los períodos comprendidos entre el 0/04/1995 y hasta el 31/08/1996, se condenará a efectuar los aportes a seguridad social en pensión mediante planilla tipo J*

Desde	***Hasta***	***Salario Mensual***
2/10/1980	*4/11/1980*	*$ 6.804,00*
5/11/1980	*28/02/1981*	*$ 13.269,00*

1/03/1981	*31/05/1981*	*$ 13.269,00*
1/06/1981	*15/02/1982*	*$ 18.637,00*
16/02/1982	*15/07/1982*	*$ 18.637,00*
16/07/1982	*15/01/1983*	*$ 23.298,00*
22/09/1989	*6/06/1990*	*$ 93.480,00*
7/06/1990	*19/10/1990*	*$ 117.780,00*
25/10/1990	*4/09/1991*	*$ 117.780,00*
19/09/1991	*27/06/1994*	*$ 151.950,00*
28/06/1994	*30/03/1995*	*$ 273.540,00*
1/04/1995	*31/08/1996*	*$ 273.540,00*

TERCERO. DECLARAR *probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la Superintendencia de Sociedades y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.*

CUARTO. ABSOLVER *a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por JACINTO MOLINA MEJÍA.*

QUINTO. ABSOLVER *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por JACINTO MOLINA MEJÍA.*

SEXTO. COSTAS*. Lo serán a cargo de Ecopetrol y a favor del demandante. Tásense por Secretaría. Así mismo, lo serán a cargo del demandante y a favor de la Superintendencia de Sociedades y Colpensiones."*

Parra arribar a tal determinación, en lo que interesa a la alzada, analizó la solidaridad reclamada con Ecopetrol, para ello, hizo alusión al objeto social de esta, contrastándola con el de los contratos suscritos con An Son Drilling Company Of Colombia Drilling, concluyendo que, la labor desempeñada por la segunda, era permanente, beneficiándose de manera directa de los servicios del actor; dándose más fuerza a esta determinación, con los contratos de trabajo suscritos por el actor con la empresa liquidada, y los desprendibles de nómina acopiados al expediente, sin embargo, estimó que, de la prueba documental (contratos), también se podía extraer que las labores, no se habían prestado, durante el interregno de tiempo reclamado en el introductorio, por ello, fulminó condena solidaria a cargo de Ecopetrol, por concepto de aportes pensionales únicamente, por el período de 2 de octubre de 1980 y el 30 de marzo de 1995, a través de cálculo actuarial, debiendo Colpensiones brindar colaboración para materializar dicha orden.

Respecto a la pensión de vejez, concluyó que, de acuerdo a la historia laboral se podía establecer que el actor había sido afiliado solo hasta abril de 1995; además, que tampoco se había puesto en conocimiento del fondo de pensiones, durante el trámite del proceso de liquidación adelantado ante la Superintendencia, que la empresa, An Son Drilling Company Of Colombia Drilling omitió materializar su afiliación, limitándose a radicar solicitud de corrección de historia laboral el 4 de octubre de 2018, fecha para la cual ya había finalizado el proceso concursal. En cuanto a los períodos comprendidos entre abril de 1995 y agosto de 1996, estimó que los mismos se encontraban a cargo de Ecopetrol. Pasó al estudio de la prestación, arguyendo que, de acuerdo a la edad ostentada por el trabajador y la historia laboral actualizada, incluyendo los períodos que debía pagar Ecopetrol, este no contaba con los requisitos legales, para acceder al pedimento prestacional conforme al régimen de transición, por lo que, se pasó a estudiar el derecho, bajo el abrigo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, encontrando que, no se cumplía con la densidad de semanas mínimas para acceder a la pensión, al contar solo con 1087 semanas de cotización (archivo 29).

5. RECURSO DE APELACIÓN

Interponen recurso de apelación tanto la parte demandante como Ecopetrol S.A., los cuales sustentaron de la siguiente manera:

La parte actora, estima que se debe fulminar condena contra Colpensiones, respecto a la pensión de vejez, al encontrarse a cargo de los empleadores el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, a la luz de lo dispuesto en la Ley 6° de 1945 y la Ley 90 de 1946, adicionalmente, se debe condenar al reconocimiento y pago de aportes del 3 de enero de 1974 al 1° de octubre de 1980, al encontrarse probados en el trámite procesal los servicios prestados en dicho interregno de tiempo a favor de An Son Drilling Company Of Colombia Drilling y respecto de los cuales, el ente de seguridad social recibió una suma considerable, computando a favor del demandante, solamente períodos del 1 de abril de 1995 a mayo de 1995, no siendo el

actor el que pague las consecuencias, por la negligencia en el cobro coactivo de los aportes.

A su turno, Ecopetrol sienta su oposición frente a la decisión de primera instancia, al considerar que, *i).* el demandante tuvo un contrato con An Son Drilling Company Of Colombia Drilling, y a la vez, dicha empresa, prestó sus servicios a otras compañías, pero no en forma exclusiva a Ecopetrol; *ii*) que a pesar de que, en los desprendibles de nómina acopiados, se registró el nombre de la sociedad, tal situación se escapa del conocimiento y control de la misma, que pudo ser una medida administrativa; *iii)* además, el cargo de oiler, no corresponde a quien opera la maquinaria de perforación, sino, quien realiza el mantenimiento de estas, conforme a lo expuesto en el interrogatorio de parte por el demandante, no correspondiendo al objeto social de la convocada; *iv*) An Son Drilling Company Of Colombia celebró contratos con la recurrente, pero gozaba de autonomía administrativa y financiera, siendo responsable de sus obligaciones laborales, y por ello, no se le puede exigir a los contratistas normas contables que establecieran reservas y cumplir con posibles obligaciones laborales, no siendo viable declarar la solidaridad; *v*) entre 1980 y octubre 1993, estuvo suspendida la obligación de afiliación al Seguro Social, por lo tanto, no se podía exigir el pago de aportes al sistema de seguridad social a la contratista.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes en contienda presentaron alegatos en esta instancia.

Colpensiones, estima que Jacinto Molina, no cumple con los requisitos legales para acceder a la prestación, por otro lado, precisó que, no era posible realizar un cobro coactivo, al no existir afiliación por parte del empleador.

A su turno, Ecopetrol expuso que el actor a la hora de rendir interrogatorio, informó que, An Son Drilling Company Of Colombia había celebrado contratos con empresas diferentes a Ecopetrol y, por tanto, no tenían exclusividad con la convocada; en los demás motivos de discrepancia, se ratificó.

Por otro lado, el demandante, manifiesta que se hizo parte en el proceso concursal adelantado ante la Superintendencia, y por ello, le fue emitido un bono pensional a su favor; en segundo lugar, considera que se acreditado el período laborado entre el 3 de enero de 1974 y el 1 de octubre de 1980, quien se benefició de la fuerza laboral del actor fue Ecopetrol, situación que se corrobora con la declaración rendida por él.

Adicionalmente, allega prueba documental en este estadio procesal, con el fin de que sea tenida en cuenta, y se decrete de oficio, por esta Sala de Decisión, la cual se relaciona de la siguiente manera;

Folio	**Contratos**	**N°. Adicional**	**Duración**	**Objeto**
6	DIJ-033-91	2048	3 Meses	Ejecución de labores de perforación y terminación mediante la operación de un equipo convencional para un pozo horizontal con opción de 1 horizontal adicional y hasta 2 verticales en el área de Putumayo
7	DIJ-(P) 033-90	3902	4 Meses	Suministro y Operación de equipo convencional para la perforación de 2 pozos con opción de 1 más en el área del Casanare
8	DIJ-(P) 043-91	20590	2 Meses	Ejecución de las labores de terminación y/o reacondicionamiento mediante la operación de 1 equipo para 2 pozos en el área del Valle Superior del Magdalena
9	DIJ-(P)-216-89	46005	12 Meses	Reacondicionamiento y/o terminación de 5 pozos con opción de 1 adicional en el área del Valle Superior del Magdalena
10	DIJ-(P)-238-AD-88	28776	8 Meses	Suministro y operación de un equipo convencional para la perforación de 3 pozos con opción de 3 mas en el área de Apiay Ariari
11	DIJ-(P)-253-90	2996	2 Meses	Ejecución de las labores de perforación y terminación mediante la operación de un equipo convencional para 2 pozos con opción hasta de 2 adicionales en el área del Valle Superior del Magdalena - Tolima
12	DIJ-(P)-254-89	46612	3 Meses	Suministro y operación de un equipo convencional para la perforación de 2 pozos con opción de 2 más en área de Apiay - Ariari
13	DIJ-(P)-353-89	45628	7 Meses	Suministro y operación de un equipo convencional para la perforación de 2 pozos con opción de 2 más en área del Putumayo
14	DIJ-(P)-398	26187	2 Años	Ejecución de los trabajos de acondicionamiento y terminación de pozos petroliferos mediante la operación de un equipo convencional para reacondicionamiento localizado en el área del distrito sur en los departamentos del Putumayo y Nariño
15	Ilegible - 412	28400	3 Meses Aproximadamente si se hace uso de la opción el plazo es de 6 meses	Ejecución de los trabajos de perforación y terminación de 1 pozo con opción de 1 adicional localizados en el Departamento de Magdalena mediante operación de un equipo convencional
16	DIJ (A) 513	28432	7 Meses	Facilitar 1 equipo convencional, con personal de operación para la perforación y terminación de 2 pozos (Galeron 1 y luna roja-1) con opción de los que sean necesarios para ejecutar los programas de perforación que tenga previsto Ecopetrol en el Departamento del Meta

17	DIJ-(P)-543	3984	10 Meses	Faciliar 1 equipo convencional con personal de operación para la perforación y terminación de 3 pozos (ILEGIBLE) con opción de los que sean necesarios para ejecutar los programas de perforación que tenga previsto Ecopetrol en el Departamento de Putumayo
19	DG-164-82	907133		Perforar pozo Apiay - 3 para la búsqueda de petróleo o gas localizado en el Departamento del Meta
20	LEG-004-85	914788		Suministrar en arrendamiento el equipo necesario y la operación del mismo, para la perforación del pozo La Reforma 1 para la búsqueda de petróleo y gas, localizado en Villavicencio
21	LEG-87	10369	12 Meses	Reacondicionamiento (ILEGIBLE) terminación de pozos en el área de Apiay - Ariari
22	LEG-016-86	926607	10 Meses	Perforación y terminación de 4 pozos adicionales en el área Apiay Ariari
23	LEG-107-AD-86	1454	3 Meses	Adicional al contrato LEG-212-84. Perforación y terminación de 3 pozos en el campo Orito en el Distrito Sur
24	LEG 059-84	913620		Trabajos en pozos petroliferos localizados en el área de Casabe
25	LEG-098-85	914027		Arrendamiento de equipo que se detalla en el anexo 2 y la operación del mismo, para la perforación de 3 pozos exploratorios en el Departamento del Meta
26	LEG-P-132-87	6866	4 Meses	Suministro de un equipo y operación del mismo
27	LEG-(P)-419-87	22993	12 Meses	Reacondicionamiento y/o terminación de pozos y perforación de pozos de agua en el área de Apiay-Ariari
29	DIJ-814-AD			Adicional al contrato DIJ-(P)513. Facilitar un equipo convencional con personal de operación para la perforación y terminación de 2 pozos (Galerón-1- y Lino Roja-1) con opción de los que sean necesarios para ejecutar los que sean necesarios para ejecutar los problemas de perforación que tenga previsto Ecopetrol en el Meta
30	DIJ (P) 124-BB	28191		Suministrar en arrendamiento el equipo necesario y la operación del mismo para la ejecución de los trabajos de terminación de 63 pozos perforados para el proyecto de inyección de vapor, en la formación carbonera

Sin embargo, de los citados documentos, no se puede establecer con certeza, la fecha en que An Son Drilling Company Of Colombia y Ecopetrol celebraron los contratos, pues nótese, que sólo se tiene el término de ejecución del contrato, pero no, la fecha en que se suscribió el documento, al aportarse únicamente la primera hoja del convenio.

Reclamando finalmente, la revocatoria de la sentencia apelada.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con las exposiciones realizadas por las partes en contienda, procede esta Corporación a desatarlos de la siguiente manera:

a) Es viable tener como prueba los documentos allegados en segunda instancia?

b) Ecopetrol S.A., es responsable solidariamente por los aportes a pensión dejados de cancelar por la empresa An Son Drilling Company Of Colombia durante el periodo de tiempo del 2 de octubre de 1980 al 4 de noviembre de 1980; 5 de noviembre de 1980 al 28 de febrero de 1981; 1 de marzo de 1981 al 31 de mayo de 1981; 1 de junio de 1981 al 15 de febrero de 1982; 16 de febrero de 1982 al 15 de julio de 1982; 16 de julio de 1982 al 15 de enero de 1983; 22 de septiembre de 1989 al 6 de junio de 1990; 7 de junio de 1990 al 19 de octubre de 1990; 25 de octubre de 1990 al 4 de septiembre de 1991; 19 de septiembre de 1991 al 27 de junio de 1994; 28 de junio de 1994 al 30 de marzo de 1995 y del 1 de abril de 1995 al 31 de agosto de 1996, por cumplirse con los supuestos de hecho de que trata el artículo 34 del CST, como lo concluyó el juez de instancia.

c) Ecopetrol S.A, debe asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social, pese a no existir para dicha época obligación de afiliar a los trabajadores.

d) ¿El actor tiene derecho a la pensión de vejez?, para ello es necesario entrar a estudiar si Colpensiones debe asumir la responsabilidad en el cómputo de los períodos laborados, por el demandante a favor de An Son Drilling Company Of Colombia Drilling entre el 3 de enero de 1974 y el 1 de octubre de 1980, por no haber realizado las acciones de cobro pese a no existir afiliación por parte de esta empresa.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis de los reparos efectuados por la parte demandante y Ecopetrol S.A. conforme a la sustentación de los recursos impetrados.

1. De las pruebas en segunda instancia.

Sea lo primero anotar, que el actor en los alegatos de conclusión aporta en segunda instancia una serie de documentos que pretende sean tenidos en cuenta, pues afirmó no habían sido allegadas al no reposar en sus archivos, pero luego fueron obtenidas de un proceso adelantado ante otro despacho judicial, tal y como se relacionó en forma precedente.

El artículo 83 y 84 del CPT y SS, contiene las posibilidades excepcionales para que en el trámite de apelación de sentencias se ordenen, practiquen y consideren pruebas que no pudieron ser tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia en la siguiente forma: Las partes no pueden solicitar pruebas en segunda instancia, sin embargo, sí pueden pedir que el Tribunal la ordene aquellas que, decretadas en primera instancia, no se hubieren practicado sin culpa del interesado.

Si bien el tribunal está facultado para practicar de oficio cuando considere necesarias para decidir el recurso, también lo es que la parte que omitió su carga, debe cumplir con el mínimo probatorio. Verificado el escrito de demanda y la audiencia pública celebrada el 11 de junio de 2022 (6:00" carpeta 29), en que se decretaron las pruebas solicitadas a las partes, y, adicional a ello, se incorporaron documentos de oficio, se puede concluir que, en ningún momento, el actor solicitó se decretara a su favor otro medio probatorio, por lo tanto, no es viable, en esta instancia, decretar pruebas no solicitadas y fijadas por el juzgador de conocimiento.

2. De la existencia del contrato de trabajo

No es objeto de controversia que el demandante prestó sus servicios a la empresa An Son Drilling Company Of Colombia Drilling Company Of Colombia S.A., entre el 3 de enero de 1974 hasta el 31 de agosto de 1996, mediante 15 contratos de trabajo por obra o labor, desempeñándose como cuñero, perforador, aceitero y encuellador, devengando como último salario la suma de $273.540; de la siguiente manera; del 30 de enero de 1974 al 31 de diciembre de 1979; del 2 de octubre de 1980 al 28 de febrero de 1981; del 1° de marzo de 1981 al 31 de mayo de 1981; del 1° de junio de 1981 al 15 de febrero de 1982; del 16 de febrero de 1982 al 15 de enero de 1983; del 16 de

enero de 1983 al 15 de junio de 1983; del 16 de junio de 1983 al 31 de octubre de 1983; del 1 de noviembre de 1983 al 30 de noviembre de 1983; del 29 de marzo de 1984 al 15 de enero de 1985; del 20 de octubre de 1986 al 22 de octubre de 1986; del 22 de septiembre de 1988 al 16 de diciembre de 1988; del 22 de septiembre de 1989 al 19 de octubre de 1990; del 25 de octubre de 1990 al 4 de septiembre de 1991 y del 19 de septiembre de 1991 al 31 de agosto de 1996. Hechos que encontró acreditados el juez de conocimiento con la certificación laboral adosada; los contratos de trabajo, y comprobantes de nómina emitidos por Anson Drilling, los cuales fueron allegados por el promotor litigioso (fº. 23-24, 26-71 y 72-84, de la carpeta 1)

3. De la Solidaridad.

Reprocha la convocada a juicio, que, se hubiere fulminado condena solidaria en su contra, y consecuencialmente se ordenara el pago de aportes al sistema de seguridad social, por las siguientes razones: a) la empresa An Son Drilling Company Of Colombia no solo prestó los servicios a su favor, sino también, a otras personas jurídicas, b) el cargo de oiler, desempeñado por el actor no corresponde a quien opera la maquinaria de perforación, sino, quien realiza el mantenimiento de estas, lo que no corresponde al objeto social de la convocada; *c)* An Son Drilling Company Of Colombia celebró contratos con la recurrente, pero gozaba de autonomía administrativa y financiera, siendo responsable de sus obligaciones laborales, d) entre 1980 y octubre 1993, estuvo suspendida la obligación de afiliación al Seguro Social, por lo tanto, no se podía exigir el pago de aportes al sistema de seguridad social a la contratista.

Dispone el artículo 34 del CST:

> *"1o) 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. Pero 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, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) 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 la relación del contratista independiente, se dan dos relaciones: la primera, entre la persona que encarga la realización de la obra o labor y la que la realiza y, la segunda, entre quien cumple la labor y los colaboradores que para tal fin emplea; generándose una responsabilidad solidaria en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones entre el contratante y los trabajadores del contratista, salvo que las actividades contratadas sean extrañas a las desempeñadas por el beneficiario o dueño de la obra, por ello, quien pretenda obtener el pago de derechos laborales provenientes de este tipo de personas, debe probar que su labor no es extraña a las actividades de aquel (sentencia 33082 de 2009, reiterada, en la SL 14692-2017).

El beneficiario del servicio o dueño de la obra es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista independiente, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o a éste. Sin embargo, la ley laboral lo hace responsable solidario por la remuneración, prestaciones, indemnizaciones y derechos laborales correspondientes a los trabajadores del contratista, siempre y cuando la obra o servicio que éste deba cumplir no sea extraña a las actividades normales propias de la respectiva empresa o negocio del contratante.

La solidaridad es, por tanto, un instituto establecido a favor del trabajador, que procura garantizar la satisfacción de sus derechos legales mediante la extensión de la responsabilidad a un tercero con quien, en principio, el operario no tiene ninguna relación jurídica, pero que se ve beneficiado patrimonialmente con la fuerza de trabajo de aquel.

De acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de Ecopetrol, su objeto social se circunscribe a: (archivo 159 del archivo 1),

Adicionalmente, forman parte del objeto social de Ecopetrol las siguientes actividades: 1) Administración y manejo de todos los bienes muebles e inmuebles que revirtieron al Estado a la terminación de la antigua concesión de mares. Sobre tales bienes tendrá, además, las facultades dispositivas previstas en la ley. 2) Exploración y explotación de hidrocarburos en áreas o campos petroleros que, antes del 1° de enero de 2004: a) se encontraban vinculadas a contratos ya suscritos o, b) estaban siendo operadas directamente por Ecopetrol. 3) Exploración y explotación de las áreas o campos petroleros que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH–, o la entidad que haga sus veces. 4) Exploración y explotación de hidrocarburos en el exterior, directamente o a través de contratos celebrados con terceros. 5) Exportación e importación de hidrocarburos, sus derivados y productos. 6) Producción, procesamiento, mezcla, transporte, almacenamiento, distribución y/o comercialización (compra y venta), e industrialización de hidrocarburos, sus derivados y productos, propios o de terceros, nacionales o importados. 7) Refinación, procesamiento y cualquier otro proceso industrial o petroquímico de los hidrocarburos, sus derivados, productos o afines, en instalaciones propias o de terceros. 8) Transporte y almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados y productos, a través de sistemas de transporte o almacenamiento propios o de terceros. 9) Exportación e importación de combustibles y oxigenantes de origen vegetal. 10) Producción, procesamiento, mezcla, transporte, almacenamiento, distribución y/o comercialización (compra y venta) de combustibles y oxigenantes de origen vegetal, propios o de terceros nacionales o importados. 11) Desarrollar todas las actividades de la cadena de energía eléctrica que le permitan generar energía para cubrir sus propias necesidades en todos sus segmentos de negocio, así como vender sus excedente y comprar los faltantes como fuente principal o para respaldo de sus operaciones. 12) Diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura portuaria para la exportación e importación de hidrocarburos, sus derivados, productos u oxigenantes. 13) Construcción, operación, administración, mantenimiento, disposición y manejo, de toda aquella infraestructura, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que se requieran para el cumplimiento del objeto social. 14) Constituir y hacer parte de sociedades de todo tipo, incluyendo empresas unipersonales, así como abrir las sucursales y agencias que sean necesarias para el adecuado desarrollo de su objeto social. La participación que por esta cláusula se permite, podrá comprender la participación en compañías cuya actividad fuere diferente a la de la sociedad, siempre que a juicio de

Está probado que, entre Ecopetrol y An-Son Drilling Company Of Colombia S.A., se suscribieron sendos contratos, en los que se indicó lo siguiente;

Folio	**No. Contrato**	**Firma contrato**	**Objeto Contractual**
301 a 309	LEG-164-82	1982	A perforar el pozo Apiay 3, para la búsqueda de petróleo o gas, localizado en el Departamento del Meta.
378 a 388	LEG 059-84	24 de mayo de 1984	Ejecutar por sus propios medios, en forma independiente, con autonomía técnica y directiva los trabajos requeridos para el completamiento de pozos petrolíferos localizados en el área de Casabe, Municipio de Yondó – Departamento de Antioquia
310 a 319	LEG-004-85		Suministrar en arrendamiento el equipo necesario y operación del mismo, para la perforación del pozo "la reforma 1", para la búsqueda de petróleo y gas, localizado en Villavicencio.
320 a 329	LEG-098-85	23 de mayo de 1985	Suministrar en arrendamiento el equipo que se detalla en el anexo No. 2 y la operación del mismo, para la perforación de tres (3) pozos exploratorios, localizados en el Área del Departamento del Meta
330	LEG-016-AD-86		Adicionó el Contrato LEG-098-85. Perforar y terminar 4 pozos adicionales en el área de Apiay Ariari – estipulando un plazo de ejecución de 10 meses
333	LEG-010-87		Reacondicionamiento y/o terminación de pozos en el área de Apiay - Ariari en un plazo de 12 meses
346 a 356	LEG-(P)-419-87	4 de febrero de 1988	Reacondicionamiento y/o terminación de pozos y perforación de pozos de agua en el área de Apiay – Ariari, en un plazo de 12 meses
344 a 345	DIJ-(P)-238-AD-88	5 de agosto de 1988	Adiciona el contrato AL-LEG-(P)-089-87. Teniendo como objeto el suministro y operación de un equipo convencional para la perforación de 3 pozos con opción de 3 más en el área de Apiay – Ariari, en un plazo de 8 meses.
357 a 368	DIJ-(P)-254-89		Suministro y operación de un equipo convencional para la perforación de 2 pozos con opción de 2 más en el área de Apiay-Ariari. En un plazo de 3 meses aproximadamente.
			Facilitar 1 equipo convencional, con personal de operación para la perforación y terminación de dos pozos

369 a 375	DIJ (P) 513		(Galeron -1 y Luna Roja -1) con opción de los que sean necesarios para ejecutar los programas de perforación que tenga previsto Ecopetrol en el Departamento del Meta. Para ejecutar en un plazo de 7 meses.
376 a 377	DIJ-B14-AD	11 de agosto de 1995	Adición No. 1 al contrato DIJ (P)-513. Facilitar un equipo convencional, con personal de operación para la perforación y terminación de 2 pozos (Galeron -1 y Luna Roja -1) con opción de los que sean necesarios para ejecutar los programas de perforación que tenga previsto Ecopetrol en el Departamento del Meta.
389 a 402	DIJ-(P)-253-90		Ejecución de las labores de perforación y terminación mediante la operación de un equipo convencional para 2 pozos con opción hasta de 2 adicionales en el área del Valle Superior del Magdalena – Tolima. Para ejecutar en un plazo de 2 meses.
403 a 416	DIJ-(P)-043-91	7 de marzo de 1991	Ejecución de las labores de terminación y/o reacondicionamiento mediante la operación de 1 equipo para 2 pozos en el área del Valle Superior del Magdalena. Para ejecutar en un término estimado de 2 meses

Deberá precisarse que, revisados los aludidos contratos, solamente dos de ellos, el LEG-164-82 y DIJ-(P)-253-90, tienen estipulado, que, la duración del contrato, depende de la perforación de los pozos, estimando, su duración el primero en tres meses y el segundo, en dos meses, interregno de tiempo que empezaría a contarse "a partir de la fecha de iniciación de operaciones o sea del comienzo de la perforación"

El objeto contractual de los referidos convenidos, entre otros fue el de: *i)* suministro de maquinaria; *ii)* la perforación de pozos petroleros, con el fin de buscar gas o petróleo, en diferentes departamentos del territorio nacional. Fluyendo de manera evidente que los aludidos convenios giran en torno a la actividad y la naturaleza de los negocios de Ecopetrol, entre las cuales se encuentra, la exploración y explotación de hidrocarburos, tal y como se puede avizorar en el numeral 13 del certificado de existencia y representación, donde se señala como parte del objeto social de la entidad, la "Construcción, operación, administración, mantenimiento, disposición y manejo, de toda aquella infraestructura, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que se requieran para el cumplimiento del objeto social" (folio 160, archivo 1).

Igualmente, está probado que entre el actor y la extinta An Son Drilling Company Of Colombia, se celebraron contratos de trabajo así.

Folio	**Desde**	**Hasta**	**Labor**
72	5/11/1980		Cuñero. Perforación pozo Cocorná No. 21

73	2/10/1980		Obrero
74	1/03/1981	31 -05-1981	Perforación pozo Cocorná No. 28, 29, 31, 27, 32, 26
75	1/06/1981	15 -02-1982	Encuellador. Perforación pozo Cocorná No. 38, 34, 33, 37, 30, 39, 45, 44, 50, 40, 42 y 47
76	16/02/1982	15–01-1983	Encuellador. Perforación Toca 7, 12, Rep. Equipo Toca No. 8, 76, 88, 89, 100
77	16/07/1982	15–01-1983	Encuellador. Perforación Pozo Toca 100, 87, 24, 25, 54, 26, 57, 67, 15, 51, 53, 43, 59, 79, 97
78	22/09/1989		Aceitero
79	7/06/1990		Aceitero. Pozo Vanguardia
80	25/10/1990	4-09- 1991	Aceitero. Pozo Santa Lucia, Pozo Doña María
82			Se encuentra ilegible
83	19/09/1991		Aceitero. Perforación Pozo Purificación
84	28/06/1994		Aceitero. Perforación Pozo Celerón No. 1

Por otro lado, de la certificación adosada a folio 23 y 24 del archivo 1 del expediente digital, se tiene que, el Jefe de Departamento de Relaciones Industriales de An Son Drilling Company Of Colombia S.A., relacionó los interregnos de tiempo en los que el actor prestó sus servicios, de la siguiente manera:

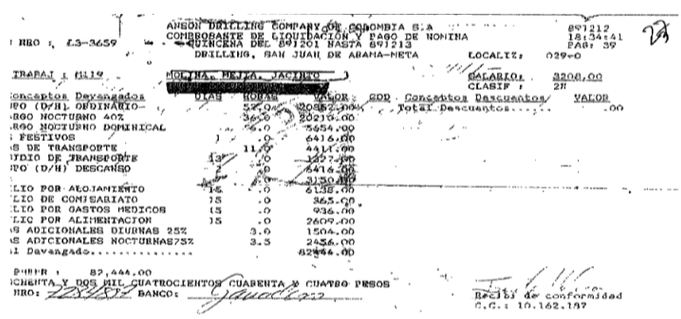
Desde	**Hasta**
Enero 03 de 1974	Diciembre 31 de 1979
Octubre 02 de 1980	Febrero 28 de 1981
Marzo 01 de 1981	Mayo 31 de 1981
Junio 01 de 1981	Febrero 15 de 1982
Febrero 16 de 1982	Julio 15 de 1982
Julio 16 de 1982	Enero 15 de 1983
Enero 16 de 1983	Junio 15 de 1983
Junio 16 de 1983	Octubre 31 de 1983
Noviembre 1 de 1983	Noviembre 30, siendo ilegible el año
Marzo 29 de 1984	Enero 15 de 1985
Octubre 20 de 1986	Octubre 22 de 1986
Septiembre 22 de 1988	Diciembre 16 de 1988
Septiembre 22 de 1989	Octubre 19 de 1990
Octubre 25 de 1990	Septiembre 4 de 1991
Septiembre 19 de 199 (no tiene último dígito)	Agosto 31 de 1996

De las pruebas traídas a colación, se desprende que, las labores ejercidas por el actor, cuñero, obrero, aceitero, encuellador a diferencia de lo expuesto por la apoderada de Ecopetrol a la hora de sustentar la alzada, si

hacían parte del giro ordinario de sus negocios, resaltándose, que, Jacinto Molina, al rendir interrogatorio de parte, también en forma espontánea señaló que, "trabajé directamente con An Son Drilling Company Of Colombia en Ecopetrol, para Ecopetrol, siempre", donde fungía como "aceitero, ósea era el que, siempre llegaba a donde estaban las máquinas y eso, a engrasar y hacerle mantenimiento, lo que era el taladro, la planta que cargábamos ahí en los campos", si bien, no operaba las herramientas, se encargaba de engrasarlas, para su funcionamiento, resultando inverosímil que, si estos elementos, eran utilizados por Ecopetrol para la perforación de pozos, no se tuviera a alguien de manera permanente o directa realizando dicha labor, y por otro lado, que se contratara por períodos de tiempo tan prolongados únicamente para este servicio.

Ahora bien, el hecho que An Son Drilling Company Of Colombia Drilling no tuviera exclusividad con la compañía, no hace desaparecer la solidaridad de que trata el artículo 34 del CST, pues una empresa puede celebrar multiplicidad de acuerdos o convenios con sociedades sin condicionamientos y no trasgredir ninguno de ellos, a menos que se pacte una exclusividad. Igual situación ocurre con un trabajador, el cual puede entregar su fuerza laboral a diferentes empleadores, si así se lo permiten a menos que se pacte una situación diferente en el respectivo contrato (artículo 26 CST).

Nótese que, se discute en la alzada, sobre los desprendibles de nómina acopiados, pues, a juicio de la recurrente, la aludida prueba, resulta ajena a su control y conocimiento, pudiendo adoptarse como una medida administrativa (fº. 26-71, 72-84, de la carpeta 1).



ANSON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A 891212
COMPROBANTE DE LIQUIDACION Y PAGO DE NOMINA 18:34:41
QUINCENA DEL 891201 HASTA 891213 PAG: 39
DRILLING, SAN JUAN DE ARAMA-META LOCALIZ: 029-0

NRO : L3-3659

TRABAJ : M119 MOLINA, MEJIA, JACINTO [redacted] SALARIO: 3208.00
CLASIF : 2H

Conceptos Devengados	DIAS	HORAS	VALOR	COD	Conceptos Descuentos	VALOR
...PO (D/H) ORDINARIO-		52.0	20852.00		Total Descuentos.....	.00
...RGO NOCTURNO 40%		36.0	20210.00			
...RGO NOCTURNO DOMINICAL		6.0	5654.00			
... FESTIVOS	1	.0	6416.00			
...S DE TRANSPORTE		11.0	4411.00			
...IDIO DE TRANSPORTE	13	.0	1327.00			
...PO (D/H) DESCANSO	2	.0	6416.00			
		.0	3150.00			
...LIO POR ALOJAMIENTO	15	.0	6138.00			
...LIO DE COMISARIATO	15	.0	365.00			
...LIO POR GASTOS MEDICOS	15	.0	936.00			
...LIO POR ALIMENTACION	15	.0	2609.00			
...S ADICIONALES DIURNAS 25%		3.0	1504.00			
...S ADICIONALES NOCTURNAS75%		3.5	2456.00			
...l Devengado.....			82444.00			

...PUBER : 82,444.00
...CHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS
NRO: 2284872 BANCO: Gaudencio

Recibí de conformidad
C.C.: 10.162.187

En este orden de ideas, se tiene que, en la prueba conculcada, se registró, el nombre del actor, la empresa que fungía como su empleadora An Son

Drilling Company Of Colombia S.A. para la época, el lugar de prestación del servicio y los valores reconocidos como contraprestación a su servicio. Sin embargo, no se puede pasar inadvertido, que el juez de conocimiento, para fulminar condena solidaria con Ecopetrol, no solo tuvo en cuenta, el objeto social de esta, sino los contratos suscritos con An Son Drilling Company Of Colombia, siguiendo su estudio, con los convenios rubricados con el demandante, corroborando lo expuesto en el líbelo genitor, también con los desprendibles de nómina, emitidos por An Son Drilling Company Of Colombia, de los que se puede concluir que, a pesar de que Jacinto Molina recibiera una retribución por parte de la sociedad hoy liquidada, los servicios, se prestaron a favor de la beneficiaria de la obra.

Luego entonces, no se avizora una transgresión o desconocimiento del material probatorio, por el contrario, el juzgador, realizó un análisis en conjunto del mismo y ello, le permitió arribar al convencimiento que, el actor, se itera, había prestado sus servicios a favor de la empresa An Son Drilling Company Of Colombia, quien actuó como contratista de Ecopetrol S.A, en labores propias de estas.

De las anteriores argumentaciones, se estima que no queda otro camino que confirmar la decisión respecto a la solidaridad de Ecopetrol S.A..

4. De la no obligación de efectuar aportes para los años 1980 a 1993.

Por otro lado, Ecopetrol también sienta su oposición a la condena, del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, sustentando tal impedimento, en que, para los periodos 1980 a 1993 no existía la obligación de la afiliación y cotización al ISS.

Para dilucidar este asunto considera la Sala pertinente rememorar la historia de la asunción de los riegos de invalidez, vejez y muerte. Al respecto, tenemos que, en sus inicios, la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, que creó a cargo de los empleadores, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio,

indemnizaciones y prestaciones sociales, y concretamente impuso a las empresas con capital superior a $1.000.000,oo, la obligación de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o discontinuos[1] (art. 14).

Posteriormente, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que, como se indicó, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, "en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico"[2].

De la mano con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados[3], sin embargo el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales

---

[1] Art. 14, ib. "La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos ($1.000.000) estará también obligada:
a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;
b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;
c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos ($ 30) ni exceder de doscientos pesos ($ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión."

[2] Art. 2°, L. 90/46.

[3] Art. 16, ib.: "Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos ($ 30.000), o de ciento veinticinco mil ($ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.
PARÁGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste." Sin embargo, ese sistema de común financiación fue modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono. Con todo esto, frente a la denominación de pensión de jubilación, que venía desde la legislación anterior, el artículo 76 de la referida ley determinó reemplazarla, en adelante, por pensión de vejez.

Así, con el fin de que el Seguro Social estuviera en capacidad de asumir el riesgo de vejez, en relación con los servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley, estableció:

> "… el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.
>
> En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley."[4]

Esa gradualidad fue adoptada por el Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950, en el artículo 259 determinó de manera temporal:

> "1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.
>
> 2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto."

En ese orden, el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía, con un capital igual o superior a $800.000,oo que haya cumplido 50 años de edad si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios "continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código,

[4] Art. 76, ib..

tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio"[5].

Luego, fue expedido el Decreto 3041 de 1966[6], cuyos artículos 60[7] y 61 regularon la subrogación paulatina por la referida entidad al empleador en el reconocimiento de la pensión de jubilación (art. 260 CST), de modo que "bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo"[8].

Así, a la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores se dio a partir de enero 1° de 1967.

Si bien la obligación de los empleadores de afiliar a sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición del Decreto 3041 de 1966, de manera gradual; el empleador debía hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación, tal como lo previó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 que establece que: "Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el

---

[5] Art. 260, CST.
[6] Mediante el Decreto 3041 de 1966 se aprobó el Acuerdo 224 de 1966, que a su vez reglamentó el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte.
[7] D. 3041/66, art. 60: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) M/cte. o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado, a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono."
[8] Art. 31 ib.: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) M/cte, o superior a diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la ley 71 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.
La obligación consagrada en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en esta disposición, de seguir cotizando al seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, sólo rige para el patrono."

seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores." en concordancia por lo previsto en el artículo 76 ibídem, que puntualizó "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley (...)", norma que se encuentra vigente.

Y aunque, el llamado de afiliación de los empleados particulares se hizo a partir del 1° de enero de 1967 y su cobertura fue creciendo paulatinamente en la medida que la entidad de seguridad social tuviera presencia en el territorio nacional, esto no significa que la obligación haya desaparecido o que el empleador haya quedado exonerado de hacer los aportes de sus trabajadores a fin de obtener la pensión de vejez, pues únicamente se ordenó que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-; lo contrario implicaría que esos trabajadores quedarían desamparados del sistema de seguridad social en pensiones o que el empleador no estaba obligado a reconocer pensiones (art. 260 del CST); solo así se garantiza el derecho a la igualdad y a la seguridad social de estos trabajadores.

Es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realización del aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación. Asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, la que sólo se materializó con la entrada en

vigencia del Decreto 3041 de 1966 y la asunción por éste de tal riesgo; ya que no es concebible que éstos estuvieran desamparados de la seguridad social y el tiempo laborado en esas empresas no se contabilizara para obtener la pensión de vejez o lo que es lo mismo, que con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966 o cuando el ISS asumió el riesgo en el territorio de la empresa , los empleadores quedaran exonerados del pago de la pensión o de realizar los aportes que antes estaban a su cargo, para que el Instituto asumiera tal prestación, cuestión que no fue prevista por el legislador y no lo podía estar, dado que el servicio subordinado se ejecutó y esa obligación en principio estaba en cabeza del empleador, la cual fue subrogada por el ISS, pero no en forma gratuita para el empleador o desconociendo el derecho al trabajador o con la pérdida de tiempo laborado por éste a aquella.

Por lo que el empleador directo del trabajador demandante por los periodos en que este laboró con aquel estaba obligado a cumplir con la obligación de aprovisionamiento, que se traduce frente a su omisión en el traslado del cálculo actuarial, el cual por solidaridad está llamado a satisfacer la empresa ECOPETROL S.A. como lo concluyó el juez de primer grado.

Ahora bien, específicamente para el caso de las empresas petroleras que en un principio la Sala De casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había indicado que la no afiliación de los trabajadores de este sector al ISS antes del primero de octubre de 1993 no constituyó una omisión legal y no debe computarse como tiempo de servicio para efectos de las pensiones previstas en sus reglamentos, *fue* modificado a través de la sentencia CSJ SL9856-2014 reiterada en la SL 1144-2021, en la que sostuvo:

> "Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.
>
> No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del

empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley"; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo."

5. De la obligación de Colpensiones de reconocer periodos de tiempos en los que no hubo afiliación.

La controversia se suscita, por la parte actora, porque no se tuvo en cuenta el tiempo laborado con An Son Drilling Company Of Colombia Drilling entre el 3 de enero de 1974 al 1 de octubre de 1980, para efectos del reconocimiento y pago de aportes, pese a estar demostrado los servicios prestados y que, al haberse declarado la existencia del contrato de trabajo, con An Son Drilling Company Of Colombia Drilling, indefectiblemente se debía fulminar condena, a cargo de Colpensiones, entidad que debe asumir el reconocimiento pensional, al no ejercer acciones de cobro. Además, esta entidad recibió una

suma considerable de la empresa liquidada, con el fin de cubrir esta contingencia, y pese a ello no se tuvo en cuenta la totalidad del tiempo laborado.

Es punto pacifico, que el demandante prestó sus servicios a favor de An Son Drilling Company Of Colombia, entre el 3 de enero de 1974 al 1 de octubre de 1980, así está demostrado con la certificación laboral y el contrato de trabajo (f°. 23 y 24; 72 a 80; 82 a 84 del archivo 1). Tampoco ofrece discusión que en ese periodo de tiempo la referida empresa no cumplió con su obligación de afiliación al sistema de seguridad social, y que actualmente está liquidada, por lo que no se le puede trasladar responsabilidad alguna a Colpensiones por no ejercer acciones de cobro cuando en ese periodo de tiempo el verdadero empleador del actor no lo afilió al sistema pensional, de acuerdo con la historia laboral este ingresa al ISS el 1° de abril de 1995.

Una precisión es necesaria realizar. Resultando pertinente diferenciar entre afiliación e inscripción, siendo la primera, la relativa a la primera vez que se ingresa al sistema de seguridad social, y la cual genera derechos y obligaciones, manteniéndose en el tiempo, así no se realicen cotizaciones, y la segunda, corresponde a las novedades que se pudieran presentar durante el tiempo de su afiliación. Sin afiliación no hay un título que le permita a las entidades administradoras de pensiones ejercer las acciones de cobro.

La Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral en sentencia SL4328-2021), reiterando lo decidido en providencia del 9 sep. 2009, rad. 35211 precisó: "*Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho. La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél. De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran venero todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores. Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación. La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación. Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un*

determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica".

Luego entonces, si se revisa el caudal probatorio, se tiene que Jacinto Molina Mejía fue afiliado al sistema de seguridad social el 1° de abril de 1995 (fl. 129 del archivo 1 del expediente digital), teniendo como empleador a An Son Drilling Company Of Colombia, lo que apareja, que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, no pueda ejercer la acción de cobro contempladas en los artículos 24, 31 y 53 de la Ley 100 de 1993, pues, con anterioridad a dicha data, el actor, no se encontraba afiliado al sistema de seguridad social integral en pensiones, no resultando viable imponer una carga desproporcionada a cargo de la entidad, al no haberse subrogado el riesgo a través de reservas o seguros por parte de la empresa.

Importa anotar, que a través de auto 410-3069 del 27 de julio de 1995, la Superintendencia de Sociedades convocó a la empresa An Son Drilling Company Of Colombia, al trámite de concordato, dispuesto en el Decreto 350 de 1989, llamando a los acreedores para que concurrieran al trámite, pero a la aludida diligencia no compareció el 75% de tales consignatarios, por ello, se les citó, para una nueva fecha, en la que, tampoco se pudieron realizar deliberaciones concordatarias y por ello, se declaró fracasado el concordato preventivo obligatorio y se decretó la apertura del trámite de liquidación obligatoria de la empresa, estipulándose en el ordinal séptimo del Auto 410-4187 que se "prevenir a los deudores de la concursada que los pagos por concepto de obligaciones a favor de la misma, sólo podrán efectuarse al liquidador, y que será oponible al pago hecho a persona distinta", deviniendo como consecuencia de esta determinación, la designación de un liquidador para este trámite (folio 88 del archivo 1).

La Superintendencia de Sociedades emite auto 440-8784 del 4 de noviembre de 1998 y en el ordinal 4.2., de bonos pensionales, precisó que, "El bono pensional reclamado por los extrabajadores (sic) de la sociedad en liquidación que a continuación se relacionan, se reconocerá en la medida en que demuestren y cuantifiquen la existencia de su derecho a su vez, se le impone la obligación a la empresa concursada de liquidar el bono una ves (sic) reunidos estos requisitos, cuyo valor deberá ser aportado a la entidad correspondiente de conformidad con lo establecido en el artículo 115 de la ley 100

de 1993", relacionándose entre los trabajadores acreedores, al aquí demandante (folio 93 del archivo 1) y resolviéndose en el trámite, reconocer y admitir los créditos puestos en conocimiento del liquidador y, advirtiendo en el ordinal segundo, que los bonos pensionales reclamados por los ex trabajadores de la sociedad concursada, se reconocerían en la medida que se demostraran y cuantificaran la existencia de su derecho, no encontrándose acreditado que el actor hubiese cumplido con dicho requerimiento administrativo.

Tampoco se desconoce que la empresa An Son Drilling Company Of Colombia fue liquidada en el año 1998, pero previo a materializarse tal efecto jurídico, la Superintendencia adelantó el proceso concursal, convocando a los acreedores de esta, sin que se hubiere acreditado que, Jacinto Molina, se hubiese presentado en calidad de acreedor de la empresa en proceso de liquidación, así como, tampoco se demostró que se hubiese efectuado el pago de suma de dinero alguno a favor del Instituto de Seguros Sociales, por concepto de aportes del demandante, pues con la documental acopiada a folio 109 del archivo 01, el entonces representante legal de An Son Drilling Company Of Colombia, informó que, el extinto Instituto de Seguros Sociales "Tiene una provisión causada a su favor a Septiembre 30", precisando un valor de aportes, el cual resulta ilegible, pero que, es enunciada en forma general y no individualizada y deje entrever que porcentaje o monto correspondía al aquí demandante.

6. **De la pensión de vejez.**

Se debe analizar, si efectivamente, el actor es beneficiario del régimen de transición. En ese sentido, cabe recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la

pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad "40 años para el caso del hombre" o el de tiempo de servicios cotizados "15 años de servicios o cotizaciones".

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia la referida enmienda constitucional (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

El señor Jacinto Molina Mejía nació el 11 de septiembre de 1954, lo que significa que al 1° de abril de 1994, (fecha en la cual empezó a regir la Ley 100 de 1993), tenía 39 años, luego por edad no cumplía con el supuesto para acceder a la transición, y en cuanto al tiempo de servicios o semanas cotizadas, revisada la historia laboral que obra en el informativo (f°. 129 de la carpeta 1, del archivo 1), el actor no cotizó con anterioridad al 1 de abril de 1995, al entonces Instituto de Seguros Sociales, por lo que, si se sumara el tiempo, que se declaró como solidariamente responsable a Ecopetrol, entre el 2 de octubre de 1980 y el 1 de abril de 1994, se tendría un total de **355,14** semanas. Es decir, un tiempo inferior a los 15 años de servicios.

Luego entonces, al no ser beneficiario del régimen de transición,su caso debe ser estudiado con el régimen general de la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003, que dispuso que hasta el 31 de diciembre de 2013, se conservaba la edad para acceder a la pensión en 60 años de edad para los hombres y 55 años para las mujeres, pero a partir del 1° de enero de 2014, las edades para el reconocimiento de la pensión aumentaron a 62 y 57 años respectivamente, y en cuanto a las semanas cotizadas o su equivalente en servicios, a partir del año 2005 se exigen 1050 semanas aumentando cada año 25 semanas adicionales hasta llegar a las 1300 para el año 2015.

Colpensiones a través de Resolución SUB 51564 del 3 de mayo de 2017, reconoció y ordenó el pago de la indemnización sustitutiva a favor del demandante, con base en 607 semanas (f°.19, archivo 1), densidad equivalente al reflejado en la historia laboral (f°. 257, *ibídem*).

Para el Juzgado de conocimiento, Jacinto Molina Mejía, acreditaba para el 1° de abril de 1994, un total de **355,14** semanas, obtenidas del tiempo reconocido y ordenado pagar a cargo de Ecopetrol S.A.. y sumando dicho interregno con el aportado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el trabajador contaba con **1087,28** semanas al 31 de diciembre de 2013, por lo tanto, no contaba para el año 2014, con las 1275 semanas requeridas para obtener el reconocimiento pensional.

Sin embargo, la Sala después de contabilizar los períodos de tiempo que se ordenó pagar a Ecopetrol y las semanas cotizadas a la Administradora Colombiana de Pensiones hasta el 31 de diciembre de 2013, de acuerdo con la historia laboral acopiada a folio 257 del archivo 1, colige que el actor alcanzó un total de 1,069 semanas, la que resulta insuficiente para obtener el reconocimiento pensional.

En consecuencia, se confirmará este punto de la decisión recurrida.

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

R E S U E L V E

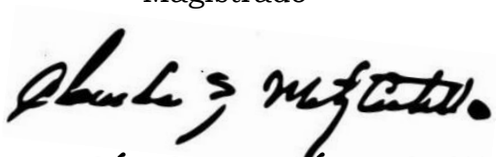
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia, dadas las resultas de los recursos de alzada.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso:	**110013105030 2020 00433 01**
Demandante:	**Guillermo Alberto Ortiz Castaño**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A Protección S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada Sandy Jhoanna Leal Rodríguez, identificada con C.C. No. 1.032.473.725 de Bogotá D.C. y portadora de la T.P. No. 319.028 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme a la sustitución allegada a la carpeta de segunda instancia (archivo 5).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Guillermo Alberto Ortiz Castaño**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 3 del archivo 1):

> "1. Se declare la **INEFICACIA DE AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** del señor **GUILLERMO ALBERTO ORTÍZ CASTAÑO,** con la **AFP ING FONDO ADMINISTRADO HOY POR PROTECCIÓN S.A.**
>
> 2. **SE CONDENE** a la **AFP ING FONDO ADMINISTRADO HOY POR PROTECCIÓN S.A.,** a trasladar todos los aportes del señor **GUILLERMO ALBERTO ORTIZ CASTAÑO** (todo el saldo de su cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos indexados, las cuotas de administración y todas las deducciones que le realizaban), al régimen de prima media con prestación definida **RPM,** administrado el día de hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PESOS – COLPENSIONES.**
>
> 3. **Se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a recibir todos los aportes del demandante **GUILLERMO ALBERTO ORTIZ CASTAÑO**, a aceptar su traslado-regreso al **RPM** régimen de prima media con prestación definida, realizando su consecuente **reactivación** en esta entidad, para que sea quien administre sus aportes a pensión y a futuro reconozca y pague su pensión.
>
> 4. Se condene en costas a las acciones."

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales.
2. Nació el 28 de enero de 1959 y ha cotizado más de 1300 semanas de cotización, tanto al RPM como al RAIS.
3. El 30 de noviembre de 2009 se trasladó a ING Fondo Administrado hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pero no le suministraron información oportuna, clara, suficiente y concreta respeto a su traslado de régimen.
4. Presentó petición ante la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

5. El fondo de pensiones puso en su conocimiento que no tendría derecho a una mesada pensional.
6. Presentó reclamación ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pero esta fue desatada de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 2 de diciembre de 2020 (archivo 4) y admitir el líbelo introductorio con proveído del 8 de julio de 2021 (archivo 7).

La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Dijo no constarle los hechos planteados en la demanda. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica. Los motivos de inconformidad radican en que el actor pretende obtener beneficios económicos, pero, el acto de traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y al realizar un movimiento horizontal, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS; por otro lado, el actor no estuvo pendiente de su status pensional, no pudiendo retornar al RPM, al encontrarse inmerso en una prohibición legal (archivo 10 del expediente digital).

A su turno, la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA – Protección S.A., presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro

previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica. Como motivos de defensa, expuso que, se estaba en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y espontánea (archivo 12).

Con auto del 25 de enero de 2023, el Juzgado de conocimiento dio por contestada la demanda por parte de las convocadas a juicio y se citó a las partes a la audiencia prevista en el artículo 77 y 80 del CPTSS (archivo 14).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 8 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 41 ibídem):

> "**PRIMERO: DECLARAR** INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo el demandante **GUILLERMO ALBERTO ORTIZ CASTAÑO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.343.756, efectuado el 30 de noviembre de 2009, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, antes administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales - ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de la **AFP ING** hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con efectividad a partir del **01 de enero de 2010**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado a **GUILLERMO ALBERTO ORTIZ CASTAÑO** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con los argumentos expuestos.
>
> **TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**., que asumió las obligaciones de la Administradora de Fondo de Pensiones ING a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de GUILLERMO ALBERTO ORTIZ CASTAÑO, incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de

sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció afiliado a esa AFP, esto es, del 01 de enero de 2010 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de **GUILLERMO ALBERTO ORTIZ CASTAÑO**, actualice la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo a lo antes indicado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que asumió las obligaciones de la Administradora de Fondo de Pensiones ING, a favor del demandante. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($3’600.000.00). Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones”

Para arribar a tales declaraciones, sostuvo que, de acuerdo al formulario suscrito por el demandante el 30 de noviembre de 2009, con el entonces fondo de pensiones ING, no se podía demostrar las implicaciones del traslado de régimen, diferencias, ventajas o desventajas de tal determinación, además, que tampoco se le puso en conocimiento la posibilidad de retornar al RPM y el hecho de permanecer en el RAIS por más de 10 años, no quiere decir que existan actos de relacionamiento, el tener el actor la calidad de abogado, no lo obligaba a tener los conocimientos respecto a este tema, siendo procedente declarar la ineficacia. Respecto a la prescripción precisó que, al tratarse de derechos pensionales, estos son imprescriptibles, al tratarse de derechos constitucionales que hacen relación a la dignidad humana.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia

solicitando se revoque la decisión de primer grado, argumentando que el traslado de régimen se realizó de manera libre y voluntaria, y que actualmente se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado, consagrada en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no avizorándose tampoco vicios del consentimiento al realizar el movimiento de régimen, sin mostrarse inconformidad alguna durante el tiempo que ha estado afiliado al RAIS.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

6. PROBLEMAS JURIDICOS.

Teniendo en cuenta que se aprenderá el conocimiento del trámite en el grado jurisdiccional de consulta, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. –

Protección S.A, decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al no haberse recurrido la decisión de primer grado; precisando que era la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A quien tenía la información que debió suministrar a la demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.

Una precisión es necesaria. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez y que no se acreditaron vicios del consentimiento a la fecha de materializarse el traslado de régimen. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia no fue objeto de ataque. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

> (…) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones,

> incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, la procedencia de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional consulta.

La declaratoria de ineficacia del traslado frente a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD

es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL2937-2021).

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que

hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023)

En virtud de lo anterior, se deberá adicionar la sentencia, en el sentido de indicarle a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, que al momento de devolver a Colpensiones los rubros fijados por el juez de conocimiento, deberán discriminarse los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

De las costas.

Acertada fue la determinación del A quo, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones, al considerarse que la entidad no participó en el acto de traslado del demandante y, por ende, la responsabilidad no recaía en el organismo.

Al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta no hay lugar a fulminar condena por este concepto en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 8 de junio de 2023, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ordenar** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que al momento de cumplir esta orden, discrimine los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

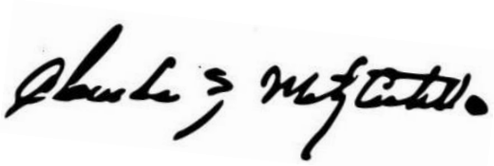
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105018 2019 00451 01**
Demandante: **José Nicanor Castañeda Caballero**
Demandado: **Seguridad Atlas Ltda.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

José Nicanor Castañeda Caballero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Seguridad Atlas Ltda., para que se declare la obligación de efectuar el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de Colpensiones, sobre el salario promedio mensual devengado por el trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo. Se corrija la planilla de liquidación de aportes a pensión desde el año 2009 hasta 2017, con los rubros realmente devengados. Costas.

Reclama en forma subsidiaria se declare la responsabilidad de la sociedad demandada por la omisión indicada en el párrafo precedente, junto con los perjuicios en relación de vida.

1. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: *i)* se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en pensiones desde enero de 1981 al Régimen de Prima Media; *ii*) labora en Seguridad Atlas desde el 26 de noviembre de 1991; como guardia de vigilancia; devenga un salario mínimo legal mensual vigente, más auxilio de transporte, horas extras diurnas, nocturnas, diurnas festivas, nocturnas festivas, dominicales, festivos; *iii*) percibe un salario variable todos los meses; *iv)* se han efectuado los pagos al sistema de seguridad social en pensiones, con un salario inferior al realmente devengado; *v*) nació el 1° de agosto de 1957 y para el año 2019, cumplió los 62 años de edad; *vi*) en el 2017, le fue pagado un "auxilio adicional" y una bonificación que son factores salariales (f.° 6 del archivo 1 del expediente digital).

2. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 2 de julio de 2019 (archivo 2), y la misma fue admitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 5 de marzo de 2020, (archivo 5).

La demanda fue notificada personalmente a la apoderada de la empresa Seguridad Atlas Ltda. el 4 de abril de 2021 (f°. 20 archivo 6), la que se opuso a las pretensiones formuladas, alegando para tal efecto que pagó al accionante los aportes al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta los factores salariales que este devengaba; frente a los hechos aceptó que José Nicanor fue contratado como vigilante, devengando un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, el cual aumentaba, teniendo en cuenta las horas extras, diurnas, nocturnas, festivas, dominicales, recargos nocturnos y dominicales; por otro lado, que el vínculo laboral se mantuvo vigente entre el 22 de noviembre de 1991 y el 21 de mayo de 2020; la retribución le era pagada de manera quincenal; además que para el año 2017, le fue pagada al trabajador una bonificación, que no es constitutiva de salario. Como medios exceptivos propuso los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y compensación. (archivo 7)

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 5 de diciembre de 2022, dispuso (archivo 15).

> **"PRIMERO. ORDENAR EL PAGO DE LA DIFERENCIA** por parte de la demandada **SEGURIDAD ATLAS LDTA.,** a favor del demandante **JOSÉ NICANOR CASTAÑEDA CABALLERO**, de los aportes para pensión, cotizados entre el 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2018, a órdenes de la entidad de Seguridad Social que se encuentra afiliado el actor, esto es, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, previo al cálculo actuarial, que realice la entidad, teniendo en cuenta que el ingreso base de cotización, el siguiente:

No.	CICLOS	IBC CALCULADO
1	200901	$ 999.000
2	200902	$ 865.000
3	200903	$ 914.000
4	200904	$ 883.000
5	200905	$ 796.000
6	200907	$ 1.465.000
7	200910	$ 474.000
8	200911	$ 602.000
9	200912	$ 1.141.000
10	201003	$ 1.094.000
11	201004	$ 967.000
12	201005	$ 967.000
13	201006	$ 971.000
14	201007	$ 988.000
15	201008	$ 998.000
16	201009	$ 899.000
17	201010	$ 912.000
18	201011	$ 935.000
19	201012	$ 1.222.000
20	201101	$ 1.200.000
21	201103	$ 998.000
22	201104	$ 992.000
23	201106	$ 998.000
24	201107	$ 1.029.000
25	201110	$ 876.000
26	201112	$ 1.027.000
27	201201	$ 1.552.000
28	201203	$ 297.000
29	201204	$ 1.068.000
30	201206	$ 1.077.000
31	201207	$ 1.096.000
32	201208	$ 1.085.000
33	201211	$ 1.057.000
34	201212	$ 1.114.000
35	201409	$ 1.517.000
36	201509	$ 1.306.000
37	201512	$ 1.446.000
38	201608	$ 1.898.000
39	201611	$ 1.415.000
40	201702	$ 1.659.921
41	201704	$ 2.031.808
42	201706	$ 1.488.712
43	201707	$ 1.447.498
44	201708	$ 1.313.570
45	201709	$ 1.562.483
46	201710	$ 1.481.234
47	201712	$ 2.384.386
48	201802	$ 1.436.531
49	201808	$ 1.891.797
50	201811	$ 1.753.278

> **SEGUNDO. DECLARAR NO PROBADA** la excepción denominada PRESCRIPCIÓN. Relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la demandada, dado el resultado de la Litis.
>
> **TERCERO. COSTAS** a la parte vencida parte demandada, señalando como agencias en derecho la suma de $1.500.000.
>
> **CUARTO.** Contra la presente decisión sólo procede el recurso de apelación."

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar que, "en esta dirección pasa el despacho a verificar los desprendibles de nómina aportados al plenario, folios 32 a 247 que

corresponden a enero de 2009 a diciembre de 2018, en los cuales se aprecia el pago de los siguientes conceptos, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, horas extras dominicales y festivos, recargo dominical, recargo nocturno, los cuales fueron pagados mes a mes, siendo sumas variables. Así mismo se encuentra el auxilio adicional pagado en los períodos y valores que a continuación se relacionan, en abril del año 2017 por auxilio adicional $25.000, también para abril del año 2017, por auxilio adicional $125.000; mayo de 2017, $50.000; junio del 2017 $50.000; julio 2017 $50.000; agosto 2017 $25.000; septiembre de 2017 $50.000; octubre de 2017, $25.000 y también octubre de 2017 $6.667. Y el concepto de bonificación pagado en los períodos y valores que a continuación se relacionan, también para el año 2017, abril $101.119; mayo $202.238; junio $202.238; julio $202.238; agosto $101.119; septiembre $202.238 y octubre $101.119". Del auxilio adicional, precisó que, estos fueron pagados en forma habitual, de acuerdo con lo plasmado en los desprendibles de nómina, y a pesar de que la testigo – Hilary Hidalgo- había dicho que estos no constituían salario de acuerdo a otrosí suscrito por las partes, tal documento no fue aportado en el introductorio, por lo tanto, no se podía concluir que las partes habían pactado su exclusión. Agregando a su exposición que, "establecido entonces que los IBC que servían de base para cotizar al sistema han de corresponder al salario mensual que se pagó al demandante, al sumar el salario básico, horas extras, recargos suplementarios y bonificación y auxilio adicional, se encuentra que existe diferencia entre lo pagado y lo realmente devengado". Otro punto relevante a tener en cuenta fue el correspondiente a, "Ahora bien, aunque una parte de tal cotización le corresponde, realizarla al trabajador, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2, del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, será el empleador quien deba responder a título de sanción por la totalidad de los aportes y así se ordenará en esta sentencia. Por lo que le corresponde realizar dicho pago al empleador al fondo al cual se encuentre afiliado el demandante, esto es a Colpensiones, previo cálculo actuarial que realice esta última, por todo el tiempo laborado entre el 1° de enero del año 2009 al 31 de diciembre de 2018…"

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandada interpone recurso de apelación *"como primera medida que mi representada actuó en absoluta buena fe, durante todo el cauce del proceso, siempre otorgando buena fe, mostrando la información respectiva y pertinente, mostrando siempre el cumplimiento de todas las obligaciones que tenía con el señor demandante. Aunado a lo anterior, es importante indicar que mi representada no adeuda suma alguna al demandante incluso de las documentales que se encuentran dentro del expediente se logra avizorar que mi representada para el año 2019 realizó actualizaciones respecto a los aportes a seguridad social por parte del demandante, en atención a lo adeudado por este, ajustes que debía hacer con las prestaciones sociales liquidadas y pagadas en debida forma, por lo cual a la fecha no adeuda suma alguna al hoy demandante. Tiene que tenerse en cuenta que las documentales se puede avizorar con claridad de que mi representada pagó aportes del año 2009,*

2010, 2011 en el año 2019, lo cual hizo un reajuste y el despacho no tuvo en cuenta dichos pagos. Se avizora en ese sentido, entonces, que mi representaba pagó todas las sumas que adeudaba al demandante, haciendo los ajustes tal como se puede apreciar en los formularios del informe histórico resumido que tiene como fecha de expedición el 10 de marzo de 2021, en donde se aprecian todos los ajustes que hizo mi representada en atención a lo que el demandante devengó en debida forma. Por otra parte, en gracia de discusión, si bien es cierto no se avizora otrosí respecto de la bonificación que se le entregaba al demandante, en lo que respecta a un presunto auxilio de movilidad, si se logró probar dentro del proceso, que realmente él necesitaba desplazarse y en ese sentido, se le aportaba dicho auxilio. Si bien es cierto no se avizora o no se encuentra dentro del expediente de manera expresa y taxativa alguna afirmación o algún documento que indique cuál es la suma que se le daría y la cual no es constitutiva de salario, si de la prueba recaudada dentro el proceso, de los interrogatorios de parte, los testimonios se aprecia, es que realmente mi representada en un momento determinado en el período del año 2017 le otorgaba un auxilio que no era salarial, en virtud de la prestación del servicio, pero no tenía que ver que le entrara al trabajador e hiciera parte de su salario sino por el contrario, era necesario para que este pudiera realizar su labor y no se viese de una u otra manera disminuido su ingreso, en atención a que mi representada lo ubica en otra sede, en otra sucursal de un cliente, dicha circunstancia hace que se le incremente los valores para movilizarse al demandante y en aras de no verlo perjudicado tal como lo apoya la norma laboral" se le otorga "un simple subsidio", demostrándose con la liquidación que este valor no dependía de comisiones, horas extras, dependiendo de los turnos que este realizara en el cliente de la empresa y requería un desplazamiento superior. Por otro lado, precisó que, en caso de confirmarse la decisión, no procede el pago de un cálculo actuarial, dado que, el trabajador fue afiliado, debiendo pagarse el aporte más la mora; dándose cumplimiento a las disposiciones legales, debiendo revocarse la sentencia y en su lugar se absuelva a la empresa de las pretensiones.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandada presentó alegatos en esta instancia, en los cuales refuerza los argumentos expuestos en la alzada, con sentencias emitidas por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.

A su turno el demandante, solicita se confirme la sentencia, al estimar que la pasiva no presentó reparo alguno respecto a la reliquidación del IBL, además, que no se puede alegar buena fe, cuando se discute el reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar: *i)* si se encuentra acreditado el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión, con el salario realmente devengado por el demandante y para ello es necesario determinar si el auxilio de movilidad percibido por aquel, es constitutivo de salario; *ii*) si es viable ordenar la realización de un cálculo actuarial o en su defecto se debe cancelar los aportes adeudados con los respectivos intereses de mora a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

De la existencia del contrato de trabajo.

No es objeto de debate, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de noviembre de 1991 y el 21 de mayo de 2020, en el que el actor de desempeñó como guarda de seguridad, y que su salario era variable, compuesto por horas extras diurnas y nocturnas, horas extras diurnas y nocturnas festivas, dominicales y bonificación. Así fue aceptado por la demandada y se corrobora con los documentos visibles a folios 32 a 34 del archivo 7 del expediente digital.

Del reajuste de los IBC.

La inconformidad del recurrente radica con relación a la orden de reajuste de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, entre enero de 2009 y noviembre de 2018, pues en su sentir, la empresa realizó los pagos por este concepto ante Colpensiones, teniendo en cuenta los salarios devengados por el trabajador, agregando que, para el año 2019, efectuó una corrección de estos rubros y procedió a incluir factores salariales, que antes habían quedado pendientes por pagar, sin que se haya tenido en cuenta tal circunstancia, a la

hora de desatar la controversia, por parte del juez de conocimiento. Además, que el auxilio o bonificación no es constitutivo de factor salarial.

Fue así como consideró que el pago de los aportes realizado con los formularios denominados "informe histórico" expedidos el 10 de marzo de 2021, se podía verificar los pagos efectuados (F°. 50 – 61 archivo 7). Revisando la decisión de primera instancia, evidentemente el fallador sólo tuvo en cuenta para resolver la controversia, los desprendibles de pago de nómina de José Nicanor Castañeda Caballero, y nada indicó con respecto a la prueba referida.

En este orden de ideas, se analizará en primer lugar lo relacionado con el auxilio de movilidad, y en segundo lugar la valoración de la prueba visible a folio 50 – 61 archivo 7.

Del auxilio de movilidad y su carácter salarial.

A fin de resolver el problema jurídico, se entrará esta Sala de Decisión, en primer lugar, a estudiar si los pagos por los conceptos denominados, bonificación y auxilio adicional deben ser tenidos como factor salarial, pues en caso de ser afirmativa esta premisa, en forma indefectible, procederá la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta dichos conceptos.

El artículo 127 del CST señala:

> "Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

A su turno, el artículo 128 ibídem, contempla:

> "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX,

> ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

Sabido es que el trabajador, inicialmente debe demostrar la regularidad o habitualidad de los pagos, y es el empleador quien debe probar que el pago de ese emolumento estaba dirigido a otro propósito diferente que la retribución del servicio, como puede ser la prestación eficiente de este o que, fue entregado por mera liberalidad, de forma ocasional y no ingresa al patrimonio del trabajador. Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral entre otras en las sentencias SL 4313-2021 y SL 986 de 2021.

Cuando una suma de dinero constituye salario y cuando no, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado los criterios para ello, a saber, en la sentencia SL5146 de 2020, se indicó:

> "…Pues bien, desde el punto de vista jurídico, propio del primer cargo, la Sala ha establecido varias reglas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario, en los términos previstos en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Tales pautas pueden resumirse de la siguiente manera:
>
> 1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).
>
> Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó:
>
> > El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.
> >
> > En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de

trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones». Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

> (…) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, se señaló:

> El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».
>
> La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220- 2017).
>
> Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.
>
> Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.
>
> Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no

> es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.
>
> 6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159- 2018).»"

Con dichos parámetros, debe verificarse entonces, si conforme a la realidad probatoria, el pago cuestionado remuneraba o no el servicio prestado.

Cumple destacar que en el sub judice se encuentra demostrado que al momento de iniciar la vinculación laboral que unió a las partes, se estipuló por las partes que, "el EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salario básico mensual igual al mínimo legal vigente, o el básico asignado para el cargo por el EMPLEADOR, pagadero por quincenas vencidas. Además el TRABAJADOR devengará cuando tenga derecho a ello, los recargos legales correspondientes, horas extras trabajadas, o el trabajo en días domingos o festivos, recargos liquidados de acuerdo con lo establecido en la ley laboral" (folio 10 del archivo 11).

Germán Eduardo Cortes, en calidad de representante legal de la demandada, señaló que, las cotizaciones al sistema de seguridad se realizaban teniendo en cuenta el salario básico, las horas extras y valores que devengara y fueran prestacionales; respecto al pago de la bonificación o auxilio adicional, indicó que, estos eran pagados para la prestación del servicio, pero no en forma permanente, sino, algo variable.

Como testigo se presentó a declarar: **Hildary Hidalgo Linares,** jefa de compensación de la empresa convocada a juicio, precisó que, las cotizaciones al sistema de seguridad social se realizaron con el salario básico, junto con las horas extras y recargos; de los auxilios o bonificaciones, pagados a favor del trabajador, estos se encontraban regulados en otrosí suscrito entre las partes.

Es así, como del material probatorio recaudado se puede concluir, que, en ninguna cláusula contractual se estipuló el reconocimiento y pago de

bonificaciones u auxilios, a favor del trabajador y mucho menos, que estos rubros, no serían constitutivos de factor salarial, considerando esta Sala que el extremo accionante cumplió la carga procesal que impone el artículo 167 del CGP, de demostrar que recibía un pagó por concepto de bonificación, entre abril y octubre de 2017 (fº. 263, 269, 272, 274, 277, 279 del archivo 01 del expediente digital) resultando pertinente indicar en este punto, que, acorde con lo previsto en el parágrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS, modificado por el artículo 24 de la Ley 712 de 2001, en materia laboral, los documentos o sus reproducciones, presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos, sin necesidad de presentación personal, siendo las excepciones, aquellos que emanan de terceros o cuando se traten de hacer valer como título ejecutivo, por ende, como lo ha sostenido la jurisprudencia del trabajo, "al eliminarse el requisito de autenticación de los documentos emanados por las partes, se trasladó, en este caso al recurrente, la facultad de aceptarlos o tacharlos, pues en el evento de no corresponder a la verdad, o no estar seguro de su contenido o autoría, en ejercicio de los principios de contradicción y publicidad de la prueba, puede proceder, conforme se señaló con anterioridad (CSJ SL17411-2015)", procediendo frente a éste un reconocimiento implícito o tácito de la demandada, al no ser desconocidos o tachados en la oportunidad procesal correspondiente. Así las cosas, le correspondía a la demandada acreditar que el pago recibido por concepto de auxilio, bonificación estaba destinado para el ejercicio eficiente de la labor del demandante, o para cumplir con sus funciones, y como no lo hizo, indefectiblemente el empleador, en vigencia de la relación y a la terminación de esta, estaba obligado a liquidar los aportes al sistema de seguridad social integral, con la inclusión de dichos conceptos, porque, se insiste, tenían connotación salarial. Bajo los anteriores argumentos, se confirmará la decisión en este punto.

Del reajuste de IBC correspondiente al pago de aportes.

El artículo 18 de la Ley 100 de 1993 señala que la base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones, tanto en el sector público como privado, corresponde al salario mensual devengado por el trabajador. Y especifica que en el caso de del salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el código sustantivo del trabajo.

Se precisa que la demandada en el recurso de alzada no controvirtió los IBC determinados por el juez de primer grado. Se itera, su inconformidad apuntala a que el pago deficitario de aportes a pensión se hizo en el año 2019, y que el auxilio o bonificación recibido no es salario.

Seguridad Atlas Ltda., en un principio, efectuó en forma incompleta el pago de los períodos de octubre y noviembre de 2009, y por ello, para el 12 de junio de 2019, procedió a corregir tal deficiencia y pagar los aportes al sistema de seguridad social, en pensiones a favor del trabajador, con un ingreso Base de Cotización de $497.000 y $642.140, respectivamente, es decir, en cuantía superior a la fijada por la juez de conocimiento, no siendo viable, fulminar condenas por estos períodos (f°. 71 y 59 del archivo 7).

Por otro lado, se tiene que, el ciclo de marzo de 2012, fue pagado en abril de 2012, con un IBC de $567.000, y se ordenó el reajuste, con un ingreso de $297.000, no resultando procedente confirmar esta condena, al acreditarse que el aporte realizado es superior al fijado en primera instancia y, por tanto, se encuentra más que satisfecho a favor del trabajador. (folios 49, 50, 52 y 150 del archivo 1 y folio 51 y 71 del archivo 7).

Ahora bien, respecto a la reliquidación de los períodos de febrero, abril y diciembre de 2009, así como marzo y agosto de 2010; marzo de 2011 y marzo de 2012, también deberá revocarse la sentencia, pues, tal como lo señaló el apoderado de la demandada, al sustentar la alzada, la convocada efectuó el pago de aportes al sistema y para el año 2019, corrigió el ingreso base reportado de estos ciclos, realizando los pagos de manera tardía, pero con el IBC correcto y los intereses de mora causados ante la administradora de pensiones (folio 30 del archivo 1 y folios 41, 39, 71, 70, 63, 68, 50, 51 del archivo 7 y folio 9 a 11 del archivo 11).

Ciclo	Salario Devengado	IBC Reportado	Valor Pagado a Colpensiones	Diferencia a Pagar
feb-09	$ 865.000,00	$ 865.128,00	$ 628.000,00	-$ 128,00
abr-09	$ 883.000,00	$ 883.242,00	$ 577.000,00	-$ 242,00
dic-09	$ 1.141.000,00	$ 1.141.000,00	$ 1.125.000,00	$ 0,00
mar-10	$ 1.094.000,00	$ 1.094.482,00	$ 609.000,00	-$ 482,00
ago-10	$ 998.000,00	$ 998.242,00	$ 615.000,00	-$ 242,00
mar-11	$ 998.000,00	$ 1.084.000,00	$ 984.000,00	-$ 86.000,00
mar-12	$ 297.000,00	$ 567.000,00	$ 567.000,00	-$ 270.000,00

No corre la misma suerte, los demás períodos objeto de condena, pues, teniendo en cuenta el salario fijado por la juez de conocimiento, respecto del cual, no se presentó oposición alguna en la alzada, se procedió a revisar los ciclos de aportes y se encontró, que quedan unos montos pendientes por pagar a favor del trabajador, sin embargo, en aras de no hacer incurrir al empleador en un doble pago, se establece en forma concreta, que la condena se encuentra dirigida a pagar, la diferencia de aportes, al sistema de seguridad social (folios, 40, 42, 69, 36, 46, 45, 44, 48, 47, 43 50 a 57 del archivo 7 y folios, 7, 8, 19 del archivo 11 del expediente digital,).

Ciclo	**Salario Devengado**	**IBC Reportado**	**Diferencia sobre la cual se debe efectuar el pago de aportes**
ene-09	$ 999.000,00	$ 939.895,00	$ 59.105,00
mar-09	$ 914.000,00	$ 913.884,00	$ 116,00
may-09	$ 796.000,00	$ 765.000,00	$ 31.000,00
jul-09	$ 1.465.000,00	$ 1.464.615,00	$ 385,00
abr-10	$ 967.000,00	$ 966.697,00	$ 303,00
may-10	$ 967.000,00	$ 966.696,00	$ 304,00
jun-10	$ 971.000,00	$ 970.881,00	$ 119,00
jul-10	$ 988.000,00	$ 987.832,00	$ 168,00
sep-10	$ 899.000,00	$ 898.675,00	$ 325,00
oct-10	$ 912.000,00	$ 911.925,00	$ 75,00
nov-10	$ 935.000,00	$ 934.724,00	$ 276,00
dic-10	$ 1.222.000,00	$ 1.221.837,00	$ 163,00
ene-11	$ 1.200.000,00	$ 917.000,00	$ 283.000,00
abr-11	$ 992.000,00	$ 991.000,00	$ 1.000,00
jun-11	$ 998.000,00	$ 983.000,00	$ 15.000,00
jul-11	$ 1.029.000,00	$ 1.016.000,00	$ 13.000,00
oct-11	$ 876.000,00	$ 829.000,00	$ 47.000,00
dic-11	$ 1.027.000,00	$ 987.000,00	$ 40.000,00
ene-12	$ 1.552.000,00	$ 1.095.000,00	$ 457.000,00
abr-12	$ 1.068.000,00	$ 850.000,00	$ 218.000,00
jun-12	$ 1.077.000,00	$ 1.075.000,00	$ 2.000,00
jul-12	$ 1.096.000,00	$ 1.088.000,00	$ 8.000,00
ago-12	$ 1.085.000,00	$ 1.036.000,00	$ 49.000,00
nov-12	$ 1.057.000,00	$ 1.049.000,00	$ 8.000,00
dic-12	$ 1.114.000,00	$ 1.064.000,00	$ 50.000,00
sep-14	$ 1.517.000,00	$ 1.108.000,00	$ 409.000,00
sep-15	$ 1.306.000,00	$ 1.295.000,00	$ 11.000,00
dic-15	$ 1.446.000,00	$ 1.149.000,00	$ 297.000,00
ago-16	$ 1.898.000,00	$ 1.582.000,00	$ 316.000,00
nov-16	$ 1.415.000,00	$ 1.315.000,00	$ 100.000,00
feb-17	$ 1.659.921,00	$ 1.195.101,00	$ 464.820,00
abr-17	$ 2.031.808,00	$ 1.881.808,00	$ 150.000,00

jun-17	$ 1.488.712,00	$ 1.438.712,00	$ 50.000,00
jul-17	$ 1.447.498,00	$ 1.445.455,00	$ 2.043,00
ago-17	$ 1.313.570,00	$ 1.284.433,00	$ 29.137,00
sep-17	$ 1.562.483,00	$ 1.515.678,00	$ 46.805,00
oct-17	$ 1.481.234,00	$ 1.449.567,00	$ 31.667,00
dic-17	$ 2.384.386,00	$ 1.554.586,00	$ 829.800,00
feb-18	$ 1.436.531,00	$ 1.435.531,00	$ 1.000,00
ago-18	$ 1.891.797,00	$ 1.418.633,00	$ 473.164,00
nov-18	$ 1.753.278,00	$ 1.753.238,00	$ 40,00

Las razones anteriormente expuestas, son suficientes, para modificar la decisión del a quo en cuanto ordenó a la demandada realizar el pago de aportes adicionales por las diferencias establecidas.

Por otro lado, no tiene cabida la alegación del demandado, en lo tocante al estudio del actuar de la demandada, es decir, si estuvo revestida o no de buena fe, pues, es una obligación legal del empleador, efectuar el pago de aportes al sistema de seguridad social, con el salario devengado por el trabajador, mes a mes y al constatarse que se hicieron los pagos de manera deficitaria, lo procedente, tal y como se presentó en este caso, es ordenar el correspondiente reajuste, debiendo asumir la convocada el pago de los intereses moratorios, que en su oportunidad liquide la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de acuerdo con los montos que se encuentran pendientes por pagar.

Finalmente, la Ley 100 de 1993, en su artículo 15, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, estableció la obligatoriedad no solo de afiliarse al sistema de pensiones, sino de efectuar cotizaciones al sistema, las personas que tuvieran un vínculo o contrato de trabajo vigente o prestaran sus servicios como independientes. Luego entonces, en el evento en que no se hubiere afiliado al trabajador por omisión del empleador, es el quien debe responder por el pago de las cotizaciones, a través de un cálculo actuarial, tal y como lo dispone el literal c del artículo 33 de las normas antes mencionadas, validándose de esta manera los tiempos laborados y en los cuales no se materializó la afiliación (sentencia SL2014-2023).

En el sub examine, Seguridad Atlas Ltda., tenía la obligación de afiliar al trabajador, situación que en efecto ocurrió, por lo que, resulta desatinado ordenar el pago de un cálculo actuarial como lo hizo la juez de primera

instancia, ya que, como bien lo señaló el apelante, José Nicanor sí fue afiliado al sistema de seguridad social, siendo pertinente es ordenar el pago de las sumas adeudadas con los correspondientes intereses en la administradora del régimen de prima media.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ORDENAR** a Seguridad Atlas, que pague la diferencia causada por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones causados a favor de José Nicanor Castañeda Caballero entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2018, a órdenes de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, previa la liquidación de intereses moratorios que efectúe el ente de seguridad social, teniendo en cuenta los siguientes valores:

Ciclo	**Diferencia sobre la cual se debe efectuar el Pago**
ene-09	$ 59.105,00
mar-09	$ 116,00
may-09	$ 31.000,00
jul-09	$ 385,00
abr-10	$ 303,00
may-10	$ 304,00
jun-10	$ 119,00
jul-10	$ 168,00
sep-10	$ 325,00
oct-10	$ 75,00
nov-10	$ 276,00
dic-10	$ 163,00
ene-11	$ 283.000,00
abr-11	$ 1.000,00
jun-11	$ 15.000,00
jul-11	$ 13.000,00
oct-11	$ 47.000,00
dic-11	$ 40.000,00
ene-12	$ 457.000,00
abr-12	$ 218.000,00

jun-12	$ 2.000,00
jul-12	$ 8.000,00
ago-12	$ 49.000,00
nov-12	$ 8.000,00
dic-12	$ 50.000,00
sep-14	$ 409.000,00
sep-15	$ 11.000,00
dic-15	$ 297.000,00
ago-16	$ 316.000,00
nov-16	$ 100.000,00
feb-17	$ 464.820,00
abr-17	$ 150.000,00
jun-17	$ 50.000,00
jul-17	$ 2.043,00
ago-17	$ 29.137,00
sep-17	$ 46.805,00
oct-17	$ 31.667,00
dic-17	$ 829.800,00
feb-18	$ 1.000,00
ago-18	$ 473.164,00
nov-18	$ 40,00

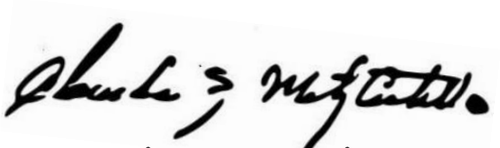
SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia, conforme a lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105026 2021 00455 01**
Demandante:	**Diana Milena Sanabria Bonilla**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Fondo de pensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Diana Milena Sanabria Bonilla**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A., con el fin de obtener la siguiente pretensión declarativa (archivo 4):

> "PRIMERA: Que se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima administrado por COLPENSIONES, al de ahorro individual administrado por el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** de fecha 08 de Noviembre del año 1996..."

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A. a trasladar las cotizaciones y rendimientos obrantes en la cuenta de ahorro individual; *ii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 19 de julio de 1973
2. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales y efectuó cotizaciones a dicha entidad hasta el año 1996, fecha en la que se trasladó al RAIS, recibiendo una asesoría errónea, falsa y "paurérrima"
3. El 6 de febrero de 2020, solicitó su retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sin recibir respuesta.
4. La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir el 14 de abril y 18 de mayo le informó que no era posible retornar al RPM, ya que para el año 2021, contaba con 47 años.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 21 de septiembre de 2021 (archivo 2), sin embargo, con auto del 26 de agosto de 2020 y con proveído del 21 de junio de 2022 se admitió la demanda (archivo 5).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. En apretada síntesis sostuvo que, el traslado efectuado por la demandante es válido, al estar precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a los lineamientos del Decreto 663 de 1993 y tampoco se aporta prueba que permita indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento (archivo 09).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se resistió a la prosperidad de las pretensiones formuladas. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del

ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas. Los motivos para sentar su oposición, en primer lugar, radicaron en que, algunas de las peticiones no iban dirigidas contra dicha entidad, sin embargo, los efectos de los pedimentos sí recaían sobre el RPM, no avizorando dentro del caudal probatorio la configuración de algún vicio del consentimiento al momento de materializarse el traslado de la afiliada, además, Milena Sanabria Bonilla se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a la administradora (archivo 11)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 29 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 29 ibídem):

> "**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante **DIANA MILENA SANABRIA BONILLA** al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones **PORVENIR** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> **TERCERO. CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> **CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.
>
> **QUINTO. CONDENAR** en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000)."

Como argumento central de su decisión, sostuvo que, "*al declararse la ineficacia de la afiliación, el despacho tendrá en cuenta lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en sus múltiples decisiones, razón por la cual ordenará al fondo de pensiones Porvenir a que transfiera lo administrado a Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados por la actora, junto con los rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia*

y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, teniendo en cuenta que las cosas deben volver a su estado inicial y en dicho caso deben ser remitidos a Colpensiones, con el fin de no desfinanciar el sistema pensional."

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpuso recurso de apelación parcial respecto a la sentencia, argumentando que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que no están llamados a financiar la pensión de vejez; así como tampoco las primas de seguros previsionales, por cuanto dichos rubros fueron trasladados a las aseguradoras, con el fin de amparar las prestaciones de vejez y sobrevivencia. Agregó que se deben aplicar las restituciones mutuas, toda vez que, al declararse la nulidad de un acto jurídico, la persona debe restituir las sumas depositadas en su cuenta. Añadió, que no se deben trasladar los rendimientos propios del RAIS; y que la indexación no es procedente, por cuanto con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso, además, señaló, que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, y suministró a la accionante información necesaria y suficiente.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la

devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo es procedente la indexación de estos conceptos?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

No discute la AFP demandada la declaratoria de ineficacia del traslado. Su reproche se centra en la orden emitida por el a quo frente a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como la indexación de los mismos.

En respuesta a la inconformidad planteada, la Sala recuerda que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023). Lo anterior teniendo en cuenta que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con

terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, tal y como lo concluyó el *A quo*.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a

disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las sumas ordenadas.

condena en costas.

Dado que el recurso de apelación salió avante de manera parcial, se condenará a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de las costas causadas en esta instancia.

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

RESUELVE

Primero.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

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

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo, por concepto de agencias

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105026 2021 00455 01. Demandante:Diana Milena Sanabria Bonilla. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Fondo de pensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: **110013105024 2014 00511 01**
Demandante: **José Luis Ramírez Montaño**
Demandado: **Isabel Barrera Vera Felicia y Gas Natural S.A. ESP**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada Andrea Juliana Hernández Rueda, identificada con C.C. N°. 1.098.751.528 de Bucaramanga y portadora de la T. P. N°. 295.390 expedida por el C. S. de la Judicatura, en calidad de apoderada judicial de Gas Natural S.A. E.S.P. (Carpeta 2, sub carpeta 5, f°. 2).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

José Luis Ramírez, demandó a Isabel Barrera Vera y Gas Natural S.A. E.S.P., con el fin:

> "1. Que se declare mediante sentencia judicial que entre la señora **FELICIA ISABEL BARRERA VERA**., y el señor JOSE LUIS RAMIREZ medió un contrato de trabajo desde el 10 DE ENERO de 2009 hasta el 2 de AGOSTO de 2012.

2. Que se declare que la GAS NATURAL S.A. E.S.P., con NIT 800.007.813-5, debe responder solidariamente por las acreencias laborales que la señora **FELICIA ISABEL BARRERA VERA**, adeuda al señor JOSE LUIS RAMÍREZ, por el período comprendido entre el 10 de enero de 2009 hasta el 2 de agosto de 2012, en tanto fue el beneficiario de la actividad laboral realizada por mi poderdante."

Consecuencialmente, reclama el reconocimiento y pago de primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías causadas en el devenir de la relación laboral, así mismo, la imposición de las sanciones contempladas en el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, costas.

3. **HECHOS RELEVANTES**

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, expuso que: *i)* empezó a trabajar con la señora Felicia Isabel Barrera Vera desde el 10 de enero de 2009 hasta el 2 de agosto de 2012; en el cargo de servicio de técnico en instalaciones para suministro de gas natural; *ii)* entre sus funciones se encontraba la de instalación de tuberías y calentadores; *iii)* los elementos de trabajo eran suministrados por la demandada; *iv)* recibía órdenes; *v)* cumplía un horario de 8 horas diarias, de lunes a sábado y era sujeto de llamados de atención; *vi)* Gas Natural S.A. E.S.P. celebró contrato con la convocada a juicio, para realizar la instalación de dicho servicio; siendo esta la beneficiaria de la labor desplegada por él, durante el tiempo del contrato de trabajo; *vi)* recibía como remuneración la suma de $566.700. (fl.° 44 y ss. del archivo 1 del expediente digital).

1. ACTUACION DEL JUZGADO.

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 12 de agosto de 2014 (fl.° 37, archivo 1), y la misma fue inadmitida con proveído del 3 de septiembre de 2014 y subsanado los yerros anotados por el despacho de conocimiento (f°. 39 *ibídem*), se procedió a emitir el correspondiente auto admisorio el 14 de octubre de 2014 (f°. 58 *ibídem*).

El apoderado de Gas Natural S.A. E.S.P, se notificó personalmente del líbelo introductorio el 7 de abril de 2015 (f°. 103 *ibidem*). Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Alegó que entre las partes no ha existido ningún tipo de

vínculo laboral, ni contractual, y por ello, no era viable acceder a las súplicas de la demanda. Dijo no constarle, ni ser ciertos, la totalidad de los fundamentos fácticos esgrimidos. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó, cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe y prescripción (folio 104 del archivo 1).

Con auto del 20 de octubre de 2015, se notificó por conducta concluyente a Felicia Isabel Barrera Vera (f°. 224 *ibídem*). Se opuso a las súplicas. Afirmó que el vínculo que ató a las partes fue de índole civil y comercial entre 2009 y 2012 y no laboral. señaló que el demandante disponía de su tiempo y por ello, manejaba su propio horario. Como excepciones formuló, las de, inexistencia de las obligaciones demandadas; del contrato de trabajo laboral; carencia del derecho reclamado; temeridad o mala fe; cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa; buena fe, incumplimiento inicial del actor, prescripción, pleito pendiente en relación con la primera pretensión y la genérica (folio 168 *ibidem*).

El demandante, presentó reforma a la demanda, la que fue admitida con auto del 9 de diciembre de 2015 (folio 293 *ibidem*). Respecto a los fundamentos facticos agregó que debía presentarse al establecimiento de comercio de la demandada, todos los días a las 7:00 a.m, con el fin de recibir las instrucciones del día; se podía ausentar una vez terminara la actividad encomendada; le era asignado un asistente instalador y quien se encargaba de pagarle era Isabel; una vez era realizada la labor, se suscribía un acta por parte del demandante; y la copia era remitida a Gas Natural S.A. ESP y otra a Isabel; para la instalación de gas natural se debían seguir protocolos de seguridad; las órdenes, respecto a la disposición del gas eran emitidas por los dependientes de la convocada, persona natural, recibió como remuneración la suma de $1.000.000; era requerido para que informara sobre el avance del trabajo; contaba con tiempo determinada para desarrollar la labor; (folio 279 *ibidem*).

Felicia Isabel Barrera Vera, ratificó lo expuesto inicialmente al contestar el libelo genitor (folio 295 y 314 *ibidem*).

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 29 de noviembre de 2022, dispuso (archivo 19):

> "PRIMERO: ABSOLVER a la señora FELICIA ISABEL BARRERA VERA y a la sociedad GAS NATURAL S.A. E.S.P,. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JOSÉ LUIS RAMIREZ MONTAÑO de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.
>
> SEGUNDO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de cosa juzgada, declarándose relevado del estudio de las demás excepciones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.
>
> TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, liquídense por Secretaría, incluyendo en ellas la suma de $100.000 a favor de cada una de las demandadas como valor en que se estiman las agencias en derecho.
>
> CUARTO: REMITIR las diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante en caso de no ser apelada oportunamente la presente sentencia."

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar que, una vez estudiada la demanda incoada y tramitada ante el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, dedujo que, existía identidad de causa, objeto y partes, en el trámite que se adelantó ante esa sede judicial, amén, que, al realizar el estudio de las pretensiones incoadas, se avizoraba que, en los dos procesos se reclamaba la declaratoria de existencia de contrato, entre enero de 2009 y agosto de 2012, por lo que, resultaba inviable, realizar un nuevo estudio respecto de las pretensiones, al no alegarse nuevos elementos de juicio, que abran paso a tal eventualidad.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante, solicita se revoque la sentencia proferida, al estimar que, no se debió declarar probada la excepción de cosa juzgada, ya que el proceso adelantado ante el Juzgado 10 Laboral se reclamaba el reintegro del demandante, por estabilidad laboral reforzada, además, el pago de los salarios y acreencias que se causaron entre la fecha de terminación del contrato y la fecha en que se dé cumplimiento a la sentencia judicial, no cumpliéndose los requisitos legales para establecer que existe cosa juzgada, por lo que, se debe entrar a estudiar la existencia del contrato de

trabajo, de acuerdo a la certificación de trabajo, emitida por la demandada, la cual goza de plena validez, de acuerdo al dictamen emitido por Medicina Legal y consecuencialmente, se debe ordenar el pago de acreencias y las sanciones por el no pago de estas y no consignación de las cesantías, junto con la solidaridad reclamada a Gas Natural S.A. E.S.P..

4. PROBLEMA JURIDICO.

Corresponde a la Sala determinar si en el caso a estudio se configura la excepción de cosa juzgada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandada se ratificó en los argumentos expuestos al momento de sustentar la alzada y Gas Natural S.A. E.S.P., reclamó se confirmara la sentencia de primera instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

De la excepción de cosa juzgada.

Insiste la parte actora que no se configuran los presupuestos de la cosa juzgada, pues en el trámite adelantado ante el Juzgado 10 Laboral del Circuito se reclamaba una estabilidad laboral reforzada y consecuencialmente, el pago de salarios causados desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se materializara el reintegro del trabajador y en el presente caso se reclama el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y las sanciones del artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, lo que impide concluir que se no se presente identidad en la causa petendi.

Dispone el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por analogía al proceso laboral en virtud de lo estatuido en el artículo 145 del CPT y SS que la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

Para que se configure esta excepción, se hace necesario que coincidan estas identidades: i) de personas o sujetos: que se trate del mismo demandante y del mismo demandado, es decir, las partes en los procesos son los mismos; ii) de objeto o cosa pedida: que el beneficio jurídico que se solicita o reclama sea el mismo, es decir, cuando la demanda versa sobre la misma pretensión o súplica, sobre la que trató el proceso que ya se encuentre ejecutoriado y con sentencia definitiva; iii) de causa para pedir: que el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado sea idéntico al anterior, es decir, cuando los fundamentos de hecho son los mismos (CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 39.366 reiterada en SL1686-2017).

La figura de la cosa juzgada tiene como finalidad impedir que asuntos ya decididos mediante sentencia sean nuevamente ventilados en la jurisdicción, otorgándose así seriedad a las decisiones judiciales y seguridad a los ciudadanos; y como ha enseñado la doctrina y la jurisprudencia tiene efectos tales como: i) impedir que se vuelvan a plantear las mismas pretensiones ante autoridad judicial; ii) que lo decidido en la sentencia no puede ser modificado o lo que es lo mismo, es inmutable, y iii) puede acudirse al juez ejecutivo para obtener el cumplimiento de la obligación en ella impuesta, a petición de la parte interesada.

Se encuentra acreditado en el proceso que José Luis Ramírez Montaño promovió demanda laboral contra Isabel Barrera, y que correspondió tramitar al juzgado

Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad, en el que solicitó, después de subsanar la demanda (f°. 82 archivo 5):

"1. Que se declare mediante sentencia judicial que entre la señora ISABEL BARRERA VERA FELICIA, y el señor JOSE LUIS RAMIREZ medió un contrato de trabajo desde el 10 DE ENERO de 2009 hasta el 2 de AGOSTO de 2012.

2. Que se declare que la GAS NATURAL S.A. E.S.P., con NIT 800.007.813-5, debe responder solidariamente por las acreencias laborales que la señora ISABEL BARRERA VERA FELICIA, adeuda al señor JOSE LUIS RAMÍREZ, en tanto fue el beneficiario de la actividad laboral realizada por mi poderdante.

3. Que se declare que el día 02 de agosto de 2012 la señora ISABEL BARRERA VERA FELICIA dio por terminado el contrato laboral, por las razones expuestas en los hechos de la demanda.

4. Que se declare que al momento de la terminación del contrato, a saber el día 02 de agosto de 2012, por parte de la señora ISABEL BARRERA VERA FELICIA, no contaba autorización del Ministerio de la Protección Social, para terminar la relación laboral con la demandante.

5. Que se declare que el día 02 de agosto de 2012 momento en que se da por terminado el contrato de trabajo con el demandante estaba amparado por la estabilidad reforzada a que se refiere el artículo 26 de la ley 361 de 1997, toda vez que padecía una limitación física al momento de su despido.

6. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a las demandadas a pagar a mi mandante 180 días de salarios conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

7. Que se declare que la terminación de la relación laboral por parte de la señora ISABEL BARRERA VERA FELICIA el día 02 de agosto de 2012 es ineficaz toda vez que no contaba con autorización del Ministerio de la Protección Social, conforme se explicó en los últimos 3 párrafos del acápite de FUNDAMENTOS DE DERECHO de la demanda.

8. Que se condene a la señora ISABEL BARRERA VERA FELICIA, al reintegro del trabajador en un sitio de trabajo, cuyas actividades sean compatibles con la Limitación física de que adolece el demandante.

9. Que se condene a las demandadas, al pago de los salarios devengados desde que el empleador pretendió terminar el contrato de trabajo esto es el 02 de agosto de 2012 y hasta que se realice el reintegro del demandante.

10. Que si resulta del caso se realicen las condenas ultra y extra petita a que haya lugar.

11. Que se condene en costas a la demandada, si se opone a las pretensiones de la demanda." (sic)

Como fundamento de estos pedimentos, José Luis Ramírez manifestó en esa oportunidad que, trabajó con Isabel Barrera Vera desde el 10 de enero de 2009 hasta el 2 de agosto de 2012, en el cargo de técnico en instalaciones para suministro de gas natural, instalando tubería y calentadores, prestando el servicio de manera personal, cumpliendo un horario y recibiendo órdenes; amén que, Gas Natural S.A. E.S.P celebró contrato con la parte pasiva de este litigio y por tanto, se benefició de los servicios que este prestaba. (f°. 80 archivo 5).

El proceso en mención fue decidido a través de sentencia de fecha 24 de mayo de 2019 (archivo 7 del expediente digital y acta acopiada a folio 446 del archivo 6), en la que dispuso:

> "PRIMERO: DECLARAR no probada la tacha de falsedad sobre la certificación obrante a folio 867 del 25 de noviembre de 2013 firmada por la demanda FELICIA ISABEL BARRERA VERA, de conformidad al art 274 del CGP por la no prosperidad de la tacha impetrada por la demandada. Se sanciona a FELICIA ISABEL BARRERA VERA con la imposición de multa de 10 SMLV a la fecha de esta sentencia a favor del demente, por lo expuesto parte motiva de la sentencia.
>
> SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO propuesta por la demandada FELICIA ISABEL BARRERA VERA y se releva del estudio de las demás excepciones.
>
> SE DECLARA probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA a favor de la demandada GAS NATURAL S.A ESP, y se releva el despacho del estudio de las demás impetradas por la prosperidad de este medio exceptivo y en consecuencia se ABSUELVE a las demandadas, Felicia Isabel Barrera Vera y la demandada Gas Natural SA ESP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante JOSÉ LUIS RAMÍREZ MONTAÑO.
>
> TERCERO: Se condena en costas a la parte demandante a favor de las demandadas, tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de $ 800.000.
>
> Cuarto. En caso de no ser apelada la presente providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, al ser adversa al trabajador."

La Sala de Decisión del Tribunal Superior puso fin a la controversia con sentencia del 31 de agosto de 2020, en la que, confirmó la providencia de primera instancia. (folio 459 del archivo 6 del expediente digital).

No ofrece discusión que, entre uno y otro proceso, existe identidad de partes. El quitz del asunto para efectos de resolver si se dan los supuestos de hecho para la configuración de los elementos de la cosa juzgada, radica en la identidad de objeto y de causa. El apelante señala que no se cumplen estos requisitos, porque a su juicio en el primer proceso, se pretendía la declaratoria de que, al momento de la terminación del contrato de trabajo, estaba en condiciones de discapacitad y de ahí que fuera condenada la parte pasiva a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Sin embargo, la Sala no comparte estos planteamientos, como quiera que, en ambos litigios, el actor solicitó la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, que es precisamente la causa para que se despachara favorablemente las demás pretensiones. En otras palabras, sin determinar la naturaleza del vínculo laboral que ató a las partes, el juez no podría entrar al estudio de las demás súplicas. Y precisamente al quedar definido a través de sentencia ejecutoriada que entre las convocadas en este proceso no existió contrato de trabajo, mal podría entrarse a otro escrutinio probatorio con el pretexto que en este se está solicitando el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones.

Para que se configure la identidad de objeto y de causa, no se requiere que el petitum de los procesos sean un calco, ni que el conjunto de los hechos sean los mismos. Lo importante es que el núcleo esencial de ambos procesos evidencie tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido. Y en este asunto, el núcleo esencial es la existencia del contrato de trabajo, la que se repite quedó determinada en providencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Al respecto, la Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 33489 del 28 de abril de 2009, sostuvo:

> *"Tratándose del tema de la cosa juzgada, es pertinente recordar que ésta se presenta cuando en la decisión que se adopta en la sentencia proferida en un nuevo proceso se desconoce la dictada en otro anterior, con identidad de partes, causa y objeto. Determinar entonces si tal situación procesal tiene ocurrencia exige establecer si las controversias en cada caso involucran una misma cuestión jurídica y fáctica, de manera que el alcance de las decisiones que se adopten en cada causa cuentan en gran medida para definir cuándo hay cosa juzgada, tomando en cuenta que la definición cabal del asunto impone el examen de lo pedido y de lo resuelto.*

Sobre el particular, importa tener en cuenta, en primer término, que para que se presente el ***fenómeno de la cosa juzgada no se requiere que el petitum de los dos procesos sea idéntico****, como lo explicó la Sala, en sentencia del 18 de agosto de 1998, radicado 10.819:*

> *"Antes del estudio de los desatinos fácticos planteados en la censura, conviene aclarar que para que en un caso determinado se configuren los elementos axiológicos del instituto procesal de la "cosa juzgada" no es indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico. La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido.*
>
> *"Si se llegase a la afirmación contraria bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado-. Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de ipso que le asisten a su favor, con la consciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado."*

En consonancia con lo anterior, se tiene que también es criterio de la Sala que el instituto de la cosa juzgada no sólo abarca lo decidido expresamente, sino también lo resuelto implícitamente, siempre y cuando que por su naturaleza esté ligado o comprendido por lo que fue el objeto del fallo. Situación que tiene ocurrencia en este caso, pues en el proceso anterior se definió que el actor no tenía el carácter de trabajador oficial -hecho aducido en la demanda inicial y que se pidió expresamente fuera declarado-, y que por el contrario, a la terminación de su vinculación laboral con los Ferrocarriles Nacionales de Colombia ostentaba el carácter de empleado público, de manera que esa decisión tiene la fuerza material de la cosa juzgada, y por tal motivo, no era susceptible de discusión en un nuevo proceso, luego no era dable que se volviera a pedir la calificación de la naturaleza del vínculo laboral que existió entre las partes, ni mucho menos sustentar una demanda sobre una condición jurídica distinta a la ya definida por la justicia laboral.

En el sentido reseñado, la jurisprudencia laboral ha establecido que la fuerza material de la cosa juzgada, debe verificarse con respecto a todo lo que ha sido objeto de la decisión judicial; por ello debe tenerse presente que el objeto del pleito bien puede aparecer tanto en la parte resolutiva como en la motiva"

Es más, los hechos que sirvieron de base en aquel proceso y en este con relación a la existencia del contrato laboral son idénticos, pues hacen alusión a los extremos temporales, horarios, ordenes, oficio. Y si bien el recurrente insiste en que se declare la existencia de un contrato de trabajo, teniendo en cuenta una

certificación emitida por Isabel Barrera, que fue objeto de estudio caligráfico por parte de Medicina Legal, ante dicha sede judicial y con la cual, según su dicho, se podía concluir que en efecto, entre las partes había existido, la tan alegada relación laboral, pasó inadvertido el apelante que, en la sentencia emitida por la Juez 10, esta declaró "no probada la tacha de falsedad de la certificación obrante a fl 867 del 25 de noviembre de 2013 firmada por la demanda (sic) FELICIA ISABEL BARRERA VERA, de conformidad al art 274 CGP por la no prosperidad de la tacha impetrada…".

Las anteriores razones, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

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

R E S U E L V E

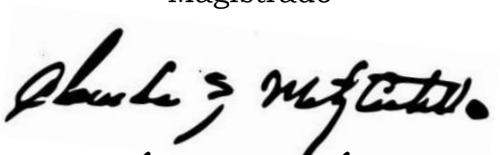
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de $400.000,oo por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105024 2014 00511 01. Demandante: José Luis Ramírez Montaño. Demandado: Isabel Barrera Vera Felicia y Gas Natural S.A. ESP

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105018 2019 00560 01**
Demandante:	**Holman Centeno Rojas**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Holman Centeno Rojas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías – Colfondos S.A., y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (f°. 7 del archivo 3):

> "1. Que se declare la NULIDAD del traslado efectuado por medio de inscripción realizada el día 4 de marzo de 1997, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (hoy COLPENSIONES) hacia la Administradora de Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN.

2. Se declare la NULIDAD del posterior traslado efectuado por medio de inscripción realizada el 26 de julio del año 1998, hacia la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS.

3. Se declare la NULIDAD del ulterior traslado efectuado por medio de inscripción realizada en el mes de abril del año 2003 hacia la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN.

4. Se declare valida y vigente su afiliación previa al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – Administrado por COLPENSIONES.*"*

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. a autorizar el traslado al RPM; *ii)* a trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como bonos pensionales, frutos e intereses; *iii)* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a aceptar y reactivar la afiliación del demandante; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 28 de septiembre de 1959.
2. Realizó al RPM desde el año 1985 hasta 1993.
3. El 4 de marzo de 1997 suscribió formulario de traslado a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
4. Se encontró inactivo en el sistema de seguridad social en pensiones entre agosto de 1993 y enero de 1997.
5. Se trasladó a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección el 4 de marzo de 1997.
6. El asesor del fondo no le explicó las ventajas y desventajas de su migración al RAIS, por el contrario, le informó que, mantendría las mismas condiciones pensionales que tenía en el RPM
7. En el formulario de afiliación no contiene cláusula alguna en la que se explique la información recibida.
8. El 26 de julio de "199" (sic) suscribió formulario de traslado a la AFP Colfondos.

9. Se le informó que, tendría mejores posibilidades pensionales que en Protección S.A., pero, no recibió asesoría adicional frente a sus derechos pensionales.
10. El 9 de mayo de 2019 presentó petición ante Colfondos Pensiones y Cesantías y la misma fue contestada, de manera desfavorable a sus intereses, el 30 del mismo mes y año.
11. De acuerdo con su historia laboral retornó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, en el mes de abril de 2003.
12. El 6 de mayo de 2019 radicó ante Protección SA., pero al no recibir respuesta instauró acción de tutela el 27 de junio de 2019.
13. El Juez constitucional amparó su derecho fundamental de petición y consecuencialmente el fondo de pensiones procedió a negar el traslado.
14. El 26 de abril de 2019 le realizaron proyección pensional, siendo ostensible la diferencia en el monto de la mesada pensional entre uno y otro régimen.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 20 de agosto de 2019 (archivo 4) y admitir el líbelo introductorio con proveído del 24 de septiembre de 2019 (archivo 5).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS hasta 1993 y su traslado al RAIS; así como la negativa emitida respecto a su retorno al RPM. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción, innominada, buena fe. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el actor no cumple con los requisitos contemplados en la sentencia SU062-

2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo, además, que se realizó con los requisitos legales (archivo 11).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, se allanó a la prosperidad de las pretensiones de la demanda (archivo 20).

La Administradora de Fondo de Pensiones Y Cesantías Protección S.A., sentó su inconformidad respecto al éxito de las pretensiones. Como medios exceptivos propuso los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; la innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. En apretada síntesis expuso que el traslado era existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, al suscribirse el formulario de forma libre y espontánea (archivo 24).

El 6 de mayo de 2021, se ordenó la vinculación de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (archivo 39), entidad que procedió a contestar la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. En resumen, de su defensa sostuvo que, el actor suscribió el formulario de traslado de manera libre y espontánea, completamente informada, pues recibió asesoría verbal, suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen (archivo 49).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 18 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 63 ibídem):

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por **HOLMAN CENTENO ROJAS** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A**., para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada **AFP** también deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*
>
> *Al momento de cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, **IBC**, aportes y demás información relevante que los justifiquen*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la **AFP PROTECCIÓN S.A**. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de la providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas **AFP PROTECCIÓN S.A**. y **COLPENSIONES**, y a favor del demandante, en la suma única de **$1.160.000**.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** a las convocadas **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A**., de las pretensiones elevadas en la demanda.*
>
> ***SÉPTIMO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.*
>
> ***OCTAVO**: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.".*"

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, "*ahora bien, una vez establecido lo anterior, el despacho observa que de manera que de carácter documental se aporta el proceso, una serie de elementos de juicio en los cuales la parte pasiva sustenta su contestación al indicar que cumplió con el deber de información. Sin embargo, considera el despacho que está documental no es suficiente, pues la misma no permite inferir que efectivamente la AFP cumplió con*

su obligación o su carga de informar al demandante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Recordemos que el traslado se llevó a cabo el primero de junio del año 1995 y si bien al proceso se aportó el referido formulario de afiliación suscrito por el actor y el cual no fue tachado o desconocido por este, este elemento no es suficiente, pues recordemos que la misma corte en las decisiones ya referidas en esta providencia ha considerado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos, tales como la afiliación, se hace libre y voluntaria, se ha efectuado, libre, espontáneo y, sin impresiones u otro tipo de leyendas similares no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado. De igual manera, considera el despacho que con las demás pruebas documentales aportadas por las demandadas en las contestaciones no se avizora que, al momento del traslado del régimen pensional del actor, la AFP colmena, hoy Protección el 1° de junio de 1995 le diera a conocer oro el distraerá de las características, condiciones, acceso a efectos y riesgos de cada 1 de los regímenes pensionales de forma concreta, clara, cierta y comprensible. Asimismo, debemos indicar que en materia de documental no existe otro elemento de juicio suficiente para establecer el cumplimiento del deber de información por parte de la pasiva. Ahora bien, respecto del interrogatorio de parte efectuado en esta vista pública al actor, el despacho considera que no se ha configurado confesión ello en los términos del Código general del proceso, pues si bien el demandante informó que en algún momento se le dieron a conocer algunas características del régimen de ahorro individual con solidaridad, las mismas no son suficientes para establecer que la AFP cumplió con el deber de información en la primera etapa acumulativa del mismo, pues recordemos que allí en esa declaración se logra evidenciar que no se le dio ilustración suficiente", agregando que en los eventos en que el traslado se torna ineficaz, las migraciones realizadas con posterioridad, no lo validan.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, Colpensiones interpuso recurso de apelación, argumentando que el actor efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, y nunca se vio coaccionado permaneciendo afiliado en los fondos privados por más de 22 años; al punto que los sucesivos traslados dan a entender su voluntad de permanecer en el RAIS, y, en cualquier caso, por cuenta del deber de

diligencia y cuidado como consumidor financiero, le correspondía al afiliado informarse sobre las características de cada régimen pensional. Sostuvo, que se debía analizar si existía un vicio del consentimiento y calidad del demandante, según los hechos, de la demanda, por lo que, en el sub examine el actor pudo asesorarse respecto al tema. En caso de confirmarse la decisión de primera instancia se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, además la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual no vulnera derecho alguno a este, pues, no es beneficiario del régimen de transición ni tampoco tenía una expectativa legítima.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación, además de indicar que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, solicita se revoque la sentencia emitida en primera instancia, al no configurarse los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, al haberse realizado el traslado de manera libre, voluntaria y consiente, además, con la información necesaria y suficiente, para tomar tal determinación.

La parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si Colpensiones está legitimado para cuestionar el acto jurídico del traslado de régimen pensional, cuando la AFP demandada no

presentó oposición alguna a través del recurso de alzada a la declaratoria de ineficacia de mismo.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones al momento de sustentar su recurso y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el asunto no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que la administradora del RPM tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Una precisión es necesaria. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, al haberse cumplido a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia no fue objeto de ataque por parte de esta sociedad. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido

proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

> *(…) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).*

Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada jurisprudencia ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el

cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. Y con relación a que el actor no era beneficiario del régimen de transición, y por ello no lo habilitaba para declarar la ineficacia, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que, para su procedencia, sea necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya

reunido los requisitos para acceder a la pensión en el régimen anterior al que estuviese afiliado. “de modo que elementos tales como la tener una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, entre otros, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente obtener dicha declaratoria” (CSJ SL1452-2019, CSJ SL4064-2021 y CSJ SL 2483-2022).

La declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones.

Por otro lado, no se pasa inadvertido que Holman Centeno Rojas, hizo movimiento horizontal a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizando cotizaciones por el interregno de tiempo que permaneció en dicha entidad, por lo que, resulta necesario adicionar la decisión apelada y

consultada, en el sentido de condenar a dichas entidades a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; 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. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998). Para los efectos antes indicados, los fondos de pensiones tendrán el mismo plazo concedido por el *A quo* a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para desplegar las acciones tendientes a materializar la decisión aquí adoptada, es decir, de 3 meses a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia.

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las

prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

De la condena en costas a Colpensiones en Primera Instancia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de la condena en costas de primera instancia, esta Sala de Decisión, debe precisar que al no ser objeto de apelación este concepto, se aprenderá su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en tal sentido, absolverá por este concepto al ente de seguridad social citado, al no haber participado del acto de traslado del demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable, se le impondrá condena en costas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR el ordinal sexto de la parte sentencia del 18 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, apelada y consultada y en su lugar, **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dichos fondos. 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, en el mismo plazo concedido por el *A quo* a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, es decir, tres (3) meses, siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal quinto de la sentencia, y en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

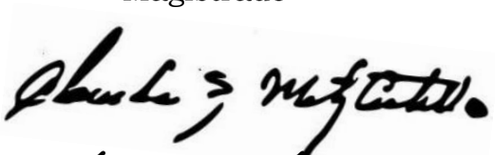
TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105018 2019 00560 01. Demandante: Holman Centeno Rojas. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105020 2019 00610 01**
Demandante:	**Luz Ángela Rozo Contreras**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., y la Administradora d Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado Jaime Andrés Zuluaga Castaño, identificado con C.C. No. 1.053.806.084 de Manizales y portador de la T.P. No. 287.279 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (f°. 1, archivo 5, de la carpeta de segunda instancia).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora Luz Ángela Rozo Contreras, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Porvenir S.A. – Porvenir S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (f° 6, archivo 1):

> "PRIMERA: Declarar la nulidad del traslado de la señora LUZ ANGELA ROZO CONTRERAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por **PORVENIR S.A.,** con fecha de efectividad febrero de 1999; ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas."

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a restituir las cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieran causado; *ii)* la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debe recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS; *iii)* contabilizar para los efectos de pensión, las semanas cotizadas, *iv)* derechos conforme a facultades ultra y extra petita; *v)* costas.

De manera subsidiaria reclama se declare "la ineficacia e inoperancia de los efectos, del traslado de la demandante **LUZ ANGELA ROZO CONTRERAS** realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en cabeza de la ADMINISTRADORA DE FONDSO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con fecha de efectividad **febrero de 1999**; al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, por parte del demandante, al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado".

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Estuvo afiliada al Seguro Social desde el 7 de abril de 1987 a enero de 1999.
2. Fue trasladada a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en febrero de 1999.

3. No le fue brindada asesoría, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias en uno y otro régimen.
4. El 27 de junio de 2019 solicitó su traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pero fue desatado su pedimento en forma desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 23 de agosto de 2019 (f°. 55 del archivo 1) y con auto del 17 de septiembre de 2019, se procedió a admitir la demanda (f°. 56 archivo 9).

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la afiliación y permanencia al extinto Instituto de Seguros Sociales hasta febrero de 1999, su traslado al RAIS, así como la presentación de reclamación y su resolución desfavorable. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la innominada o genérica, saneamiento de la nulidad alegada. Cimentó su resistencia a la prosperidad del petitum, en que, no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiera hecho incurrir en error por parte de las AFPs o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, además, nunca se presentó inconformidad por parte del afiliado, suscribiéndose el formulario de manera libre y voluntaria (f°. 61 ibídem).

Con auto del 9 de diciembre de 2019, el juzgado de conocimiento dio por contestada la demanda y requirió la notificación de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir – Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (f°. 108 ibídem).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio respuesta a la demanda. Reprochó las súplicas. Aceptó como cierto la suscripción del formulario de afiliación, de manera libre, espontánea, sin presiones, recibiendo una asesoría verbal y cumpliendo con las disposiciones legales y actualmente se encuentra afiliada a dicha entidad; respecto a los demás hechos expuso que no eran ciertos y no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe. Estimó que, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a declarar la ineficacia del traslado, pues este se realizó en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos legales, recibiendo información idónea sobre las implicaciones de su traslado (fº. 139 ibídem).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, contestó la demanda y se allanó a la prosperidad de las pretensiones. Respecto a los hechos dijo que no le constaba ninguno de ellos. No propuso excepciones de mérito. Fundó su aceptación en que, la actora no ha presentado vinculación activa con Colfondos para ninguna fecha (archivo 2).

En audiencia pública celebrada el 15 de febrero de 2021, se procedió a estudiar la excepción previa propuesta por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, encontrando que, la demandante no incoó demanda contra dicha entidad, y que por error se había admitido el introductorio contra esta, por lo que, se dio aplicación a lo preceptuado en el numeral 11 del artículo 100 del CGP, y declaró probado el medio exceptivo alegado, ordenando su exclusión del debate probatorio (archivo 6).

Posteriormente, con proveído del 28 de abril de 2023, se admitió la sucesión procesal de la parte actora, Luz Ángela Rozo Contreras, de acuerdo a la documental acopiada a folio 224 del expediente digital (fº. 3 del archivo 11), teniendo a su cónyuge supérstite, Jaime Leopoldo Rozo Contreras, como demandante, al igual que a los herederos indeterminados de la afiliada, designándole para el efecto designado curador ad litem (archivo 21).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 30 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 23 ibídem):

> *"*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora LUZ ANGELA ROZO CONTRERAS a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS "PORVENIR S.A., el día 28 de enero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.
>
> SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.
>
> TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS "PORVENIR S.A.", devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada LUZ ANGELA ROZO CONTRERAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.
>
> CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS "PORVENIR S.A." y a "COLPENSIONES EICE", a favor de la señora LUZ ANGELA ROZO CONTRERAS. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente un (1) SMMLV, pagaderos a cuota parte."

Como argumento central de su decisión, sostuvo que, se aportó el formulario de afiliación de la señora Rozo Contreras, en él se acredita el consentimiento dado por la trabajadora, pero en manera alguna que este fuese informado, conforme a lo dispuesto en los artículos 271, 272 y 13, literal b, de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663-1993, no pudiéndose predicar la anuencia libre y voluntario a la hora del traslado, al no encontrarse ajustado a la libertad de escogencia y normatividad vigente para la época, siendo suficiente estos argumentos para fulminar la condena contra la demandada.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, el demandante y Colpensiones interpusieron recurso de apelación

Sienta su inconformidad la parte actora, respecto a la absolución impartida a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A., a devolver gastos de administración y seguros previsionales de la afiliada fallecida, sustentando su inconformidad que la H. Corte Suprema de Justicia (SL1475-2021), ha sido reiterativa en indicar que, se deben trasladar estos rubros y con ello, evitar un detrimento en los recursos del RPM, con cargo a sus propios recursos, a pesar de no haberse solicitado en forma expresa el reintegro de estos conceptos, sí se solicitó se profiriera una sentencia conforme a las facultades ultra y extra petita.

A su turno, Colpensiones, argumenta que para la fecha en que se materializó el traslado de la ex trabajadora, se encontraba vigente la Ley 100, la cual, solo exigía la aceptación espontánea, libre del afiliado de trasladarse, la cual se acreditaba con la suscripción del formulario, por lo tanto, no es viable hacer exigencias, respecto a requisitos que no estaban vigentes para dicha data; la administradora es un tercero, que no intervino en el acto jurídico adelantado por la demandante principal; la accionante estuvo afiliada por más de 24 años en el RAIS, afectándose la sostenibilidad financiera de la entidad, máxime que se encontraba inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM; finalmente señala que, la entidad ha actuado en cumplimiento de las disposiciones legales y al no intervenir en el acto de traslado, no se debía fulminar condena en costas a su cargo.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el demandante solicitan se confirme la sentencia de primera instancia. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reclama una revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos aludidos en su respectiva apelación, además de indicar que no se habían acreditado vicios del consentimiento a la hora de efectuarse el traslado.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, libre de vicios del consentimiento, supone que el traslado de régimen es válido?
ii) En el año 1999, las AFP no tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.
iii) la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
iv) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima?
v) si se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado.

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el *sub lite* no se podía exigir requisitos legales, diferentes a los vigentes para la fecha en que se efectuó el traslado y que, con la firma del formulario de afiliación, debe entenderse que se expresó la voluntad libre de la trabajadora de trasladarse de régimen y en tal trámite es válida dicha diligencia.

En primer lugar, frente a los motivos expuestos por Colpensiones en el recurso de alzada, se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al

haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Pese a ello, la Sala aclara con respecto a lo esbozado por la entidad apelante lo siguiente:

Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

El Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97 la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993

hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 28 de enero de 1999 (fº. 203 del archivo 1); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Así las cosas, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *"entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna*" (CSL SL 932-2023).

Afirma Colpensiones que la suscripción del Formulario de afiliación denota el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS.

En efecto, el formulario de afiliación suscrito por la demandante (28 de enero de 1999), "ME COMPROMETO CON **PORVENIR S.A.** A CUMPLIR LAS CONDICIONES QUE ELEGI Y ACTUALIZAR ANUALMENTE LA INFORMAICÓN ARRIBA CONSIGNADA: ADICIONALMENTE AUTORIZÓ A LA ENTIDAD BANCARIA O A MI EMPLEADOR A DESCONTAR DE MI SALARIO EL PORCENTAJE (%) O MONTO ARRIBA SEÑALADO CON LA PERIODICIDAD ELEGIDA PARA SER CONSIGNADA A MI NOMBRE EN EL FONDO DE PENSIONES Y/O CESANTÍAS **PORVENIR S.A.** AL IGUAL QUE LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR S.A.** PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES AUTORIZO A **PORVENIR S.A.** PARA CONSULTAR LA INFORMACIÓN FINANCIERA Y COMERCIAL DISPONIBLE SOBRE EL CUMPLIMIENTO VERACIDAD Y EL MANEJO DE LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS" lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y

suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Como pruebas documentales se aportaron las siguientes:

- Copia de la cédula de ciudadanía de Luz Ángela Rozo Contreras (f°. 23 archivo 1).
- Solicitud de traslado de régimen presentado por la afiliada el 27 de junio de 2019 (f°. 24 ibídem).
- Historia Laboral emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a corte de 28 de junio de 2019 y a corte 15 de octubre de 2019 (f°. 25 ibídem y archivo 4, carpeta 02).
- Certificado de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (F°. 29, 167 y 196 ibídem).
- Historia laboral consolidada emitida por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con fecha de corte al 4 de julio de 2019 (f°. 30 ibídem)
- Certificado SIAFP emitido por Asofondos el 10 de enero de 2020 (f°. 164)
- Relación histórica de movimientos emitido por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 10 de enero de 2020 (f°.168 ibídem).
- Resumen de historia laboral del 10 de enero de 2020 (f°. 197 ibídem).
- Certificado de Bono Pensional emitido el 10 de enero de 2020 (f°. 200 ibídem).
- Formulario de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscrito el 28 de enero de 1999 (f°. 203 ibídem).
- Respuesta brindada por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 11 de diciembre de 2019 a la solicitud de traslado (f° 204 ibídem).
- Registro Civil de Defunción de Luz Ángela Rozo Contreras (f°. 2 del archivo 9).
- Copia de la cédula de ciudadanía de Jaime Leopoldo Herrera Pedraza (f°. 4 archivo 11).

- Copia del Registro Civil de Matrimonio celebrado entre Jaime Leopoldo Herrera Pedraza y Luz Ángela Rozo Contreras (f°. 5 del archivo 11).
- Expediente administrativo emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (archivo 4, carpeta 01)

De las anteriores pruebas, ninguna permite colegie que, la AFP convocada cumpliera con el deber de información clara y transparente. Como se expuso, la suscripción del sólo formulario de afiliación, no es suficiente, y si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el documento de afiliación, se itera de él no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección.

Además, las documentales relacionadas, son posteriores al acto de traslado y ninguna permite establecer si la AFP demandada le brindó a la actora información clara, verídica, completa y pertinente previo a su traslado.

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

DE LA SOSTENIBILILDAD FINANCIERA DEL SISTEMA

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en

dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

En este aspecto, debe reprocharse en forma tajante, la determinación adoptada por el *A quo,* respecto a no ordenar la devolución de los conceptos antes señalados, al no haberse reclamado en forma expresa en el líbelo genitor, pues, se reitera, esto nace como consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia y ante la falencia de su pedimento, esta se debe remediar, pues, de no hacerlo se causa un perjuicio al erario público y la sostenibilidad financiera del régimen de prima media.

Siendo esta la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, con las consecuencias propias de la ineficacia acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; debiendo adicionarse la sentencia, precisando que dentro de la orden de devolución, deben incluirse los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera

implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, se modificará la decisión apelada y consultada.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS DE SEGURO Y DESCUENTOS AL FONDO DE PENSIÓN MÍNIMA E INDEXACIÓN DE LOS MISMOS.

Se duele la parte actora, que no se hubiere ordenado la devolución de estos conceptos, como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, asistiéndole la razón a la apelante en este aspecto, como se precisó en forma precedente.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y

1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

DE LA CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES EN PRIMERA INSTANCIA.

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la

demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena en costas. Sin costas a cargo de la parte actora, dado que el recurso de alzada salió avante.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

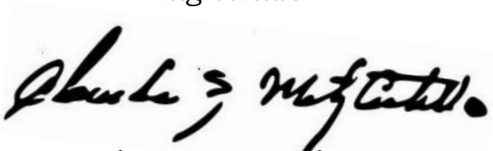
CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

QUINTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105006 2016 00019 01**
Demandante:	**Diana Paola Olmos Torres**
Demandado:	**AXA Colpatría Seguros de Vida S.A. y Junta Nacional de Calificación de Invalidez**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Diana Paola Olmos Torres, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la ARL Axa Colpatria y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con el fin que se declare que las enfermedades, denominadas, discopatía lumbar L5-S1, así como el dolor de columna dorso lumbar y Lordosis son de origen laboral; se califique y determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y su incapacidad permanente parcial o de invalidez.

Consecuencialmente, se condene a la ARL AXA Colpatria a reconocer la incapacidad señalada en el artículo 2° de la Ley 776 de 2002, y el pago del subsidio indicado en el artículo 3° de la referida disposición normativa, desde la fecha en que ocurrió el siniestro y hasta que se produzca la sentencia.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de sus pretensiones sostuvo que: *i)* ingresó a laborar a Emermédica el 10 de marzo de 2011 e inmediatamente le fue ordenada la

realización de valoraciones médicas, sin que se presentara ninguna novedad; *ii)* el cargo ejercido fue el de médico; *iii)* el 21 de febrero de 2012 cuando se trasladaba en una ambulancia, sufre un accidente de trabajo; fue atendida en la Clínica Fundación Cardioinfantil con un diagnóstico de traumatismos superficiales de antebrazo e inmovilización del hombro; *iv)* debido a los dolores padecidos, asiste nuevamente al ente de salud y allí le es expedida incapacidad por 10 días, a partir del 26 de febrero de 2012; *v)* el 8 de junio de 2013, sufre una caída, atendiendo un paciente en su domicilio, afectándose de esta manera la columna dorso lumbar, impidiéndole levantarse por sus propios medios; fue atendida en el Hospital Universitario Fundación Santafé, con un diagnóstico de lumbago no especificado con ciática; se dio tratamiento de dolor en L5-S1; *vi*) el 15 de julio de 2013 en la Clínica de Ortopedia, califican el accidente de origen profesional; *vii)* desde abril de 2014, ha sido incapacitada en forma esporádica; *viii)* a partir del 26 de agosto de 2014 le han sido emitidas imposibilidades continuas, por trastorno en el disco lumbar e intervertebrales lumbares; *ix)* el 14 de mayo de 2014, solicitó calificación de origen y pérdida de capacidad laboral y pensión por invalidez; *x)* la EPS Sanitas el 4 de septiembre de 2014, emite calificación de sus padecimientos; *xi)* el 23 del mismo mes y año, presentó inconformidad y solicitó se remitiera su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que, el 15 de enero de 2015, determinó que su enfermedad era de origen común; *xii)* el 4 de febrero de 2015, incoó recurso de reposición y subsidio de apelación; *xiii)* el 12 de junio de 2015, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, confirma la decisión, tomada en primera instancia; *xii)* en el dictamen se desconocieron los accidentes sufridos por la trabajadora, durante el decurso de su vida laboral.

3. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 18 de diciembre de 2015 (fº 1, archivo 1), y la misma fue admitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 19 de enero de 2016, (fº. 252, archivo 1).

La demanda fue notificada por aviso a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 15 de abril de 2016 y personalmente al apoderado de ARL AXA Colpatria el 10 de junio de 2016 (fº. 254 y 301 *ibidem*).

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, consideró que, al no versar ninguna pretensión en contra de la entidad, las mismas no podían despacharse de manera favorable a la solicitante. Propuso como excepciones de mérito que denominó legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor; competencia del juez laboral – autonomía técnica y científica de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; buena fe de la entidad y la genérica (folio 255 del archivo 1).

A su turno, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., se opuso a todas las súplicas, pues, la afiliada fue calificada por las Juntas de Calificación, siendo, sus experticias coincidentes en afirmar que, los padecimientos médicos de la afiliada, son de origen común y no de laboral. Como medios de defensa propuso los que denominó, dictamen de la Junta Nacional de Calificación legalmente fundado; prescripción, compensación y la genérica (folio 302 del archivo 1 del expediente digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 23 de noviembre de 2022, dispuso (archivo 15).

> "CONDENAR a la sociedad demandada AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., a reconocer y pagar a la demandante, señora, Diana Paola Olmos Torres, la suma de $19.415.500 por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial y por subsidio por incapacidad laboral, correspondiente al 100% del salario base de cotización de la demandante, calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad, 27 de agosto de 2014 hasta el día 23 de octubre de 2014, del 15 de diciembre de 2014 hasta el día 8 de noviembre de 2015 y del 11 de junio de 2017 hasta el día 15 de junio de 2017, sin perjuicio de otras incapacidades que se hubieren producido hasta el día 8 de noviembre de 2018, fecha de desvinculación de la demandante, lo anterior junto con la indexación de los conceptos objeto de condena, desde la exigibilidad de la obligación, hasta cuando se produzca el pago de la misma. La excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente

decisión. Costas a cargo de la parte demandada, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., se fija la suma de $3.000.000 por concepto de agencias en derecho"

La parte actora solicitó aclaración en el sentido, de indicarse si en la suma de $19.415.500, se encuentran incluidas las incapacidades o estas debían reliquidarse. La juez de conocimiento aclaró en el sentido de indicar que, "son independientes, el monto de los $19.415.500", corresponde al concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial".

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar que "la excepción de prescripción, se declara no probada por cuanto la estructuración de la incapacidad permanente parcial, 14,2% de origen profesional se produjo el día 8 de junio del año 2013, período de afiliación de la demandante a la entidad accionada, folio 173, definida mediante dictamen de fecha 24 de junio del año 2022, esto es, durante la etapa de instrucción del proceso, sin que aparezca probado, pago alguno a la demandante por los conceptos objeto de condena."

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo,* la parte demandada, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., interpuso el recurso de alzada, al estimar que "desestima la excepción de prescripción de los derechos concedidos, en razón del transcurso del tiempo, como señala la Honorable Jueza, la fecha de ocurrencia de las incapacidades derivan desde el año 2014, en razón de lo cual para la fecha en que se planteó la demanda estarían prescritos los conceptos, por lo cual, la sentencia ha debido negar las pretensiones de la demanda, por prescripción de los derechos reclamados en razón de lo dispuesto en las normas que regulan la prescripción de las acciones para reclamar los derechos correspondientes a incapacidades como las que ha reconocido el despacho. Las razones del recurso se encuentran justificadas, se encuentran respaldadas en las normas contenidas en la Ley 100 del 93, particularmente en el Decreto 1295 del 94, Decreto 917 del 99 y normas complementarias, Ley 776 del 2002, artículo 18, particularmente, establece, las prestaciones establecidas en el Decreto Ley 1295 del 94 y en esta ley prescriben a las mesadas pensionales en el término de tres años, las demás prestaciones en el término de un año. En razón de lo anterior, considero que las pretensiones han debido desestimarse por parte del despacho y absolverse a AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., de las pretensiones de la demanda"; por otro lado, considera, que no se resolvió la excepción de compensación y la genérica formuladas en la contestación de la demanda.

6. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar; *i)* si ha operado la prescripción, respecto al reconocimiento y pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial y por subsidio por incapacidad laboral reconocidas a favor de la demandante; *ii)* si es viable declarar probada la excepción de compensación y genérica.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

La parte demandante pretende el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial y el subsidio por incapacidad laboral, previstos en la Ley 776 de 2002. El juez de primer grado accedió a las súplicas, declarando no probada la excepción alegada por la parte demandada. El recurrente muestra su inconformidad por cuando alega que estos derechos estarían cobijados por el fenómeno de la prescripción, con base en el articulo 18 de la norma mencionada.

El artículo 2 de la Ley 776 de 2002, dispuso:

> *"***ARTÍCULO 2o. INCAPACIDAD TEMPORAL.** Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado.

Y en su artículo 3º.

> **ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL.** Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.
>
> Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El artículo 18 de la Ley 776 de 2002, contemplaba un año, como término prescriptivo para determinadas prestaciones económicas, haciendo en principio, inviable el reconocimiento de las incapacidades, bajo el abrigo de dicha norma. Sin embargo, tal preceptiva no es de aplicación en este caso, por la potísima razón que fue modificada por la Ley 1562 de 2012, que en su artículo 22, contempló que la prescripción, ya no sería de un año, sino de tres:

> **"**ARTÍCULO 22. PRESCRIPCIÓN. Las mesadas pensionales y las demás prestaciones establecidas en el Sistema General de Riesgos Profesionales prescriben en el término de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho."

No ofrece discusión que, a favor de la actora, la EPS SANITAS expidió las siguientes incapacidades, siendo la primera desde el 26 de agosto de 2014.

RELACIÓN INCAPACIDADES MÉDICAS				
Folio	**Fecha Inicial**	**Fecha Final**	**Origen**	**Entidad que emitió la incapacidad**
193	26/08/2014	24/09/2014	Común	Colsanitas
194	25/09/2014	29/09/2014	Común	Sanitas
195	1/10/2014	5/10/2014	Común	Sanitas
196	6/10/2014	7/10/2014	Común	Sanitas
197	8/10/2014	12/10/2014		Emermédica
198	13/10/2014	14/10/2014		Emermédica
199 y 200	14/10/2014	23/10/2014		Ortopedia y Traumatología
201	15/12/2014	21/12/2014	Común	Sanitas
202	29/12/2014	28/01/2015	Común	Sociedad de Cirugía de Bogotá
203	30/01/2015	8/02/2015	Común	Sanitas
204	10/02/2015	1/03/2015	Común	Sanitas
205	4/03/2015	18/03/2015	Común	Sanitas
206	19/03/2015	24/03/2015	Común	Sanitas
207	25/03/2015	12/04/2015	Común	Sanitas
208	16/04/2015	25/04/2015	Común	Sanitas
209	26/04/2015	6/05/2015	Común	Sanitas
210	6/05/2015	15/05/2015	Común	Sanitas
212	16/05/2015	25/05/2015	Común	Sanitas
212	26/05/2015	4/06/2015	Común	Sanitas
213	6/06/2015	10/06/2015	Común	Sanitas
213	11/06/2015	15/06/2015	Común	Sanitas
214	16/06/2015	18/06/2015		Emermédica
216	17/06/2015	26/06/2015	Común	Sanitas
217	27/06/2015	11/07/2015	Común	Sanitas
217	11/07/2015	25/07/2015	Profesional	Sanitas
218	25/07/2015	29/07/2015	Profesional	Sanitas

218	28/07/2015	11/08/2015	Común	Sociedad de Cirugía de Bogotá
219	12/08/2015	26/08/2015	Común	Sanitas
219	27/08/2015	10/09/2015	Común	Sanitas
220	11/09/2015	20/09/2015	Común	Sanitas
220	20/09/2015	4/10/2015	Común	Sanitas
221	5/10/2015	7/10/2015	Común	Sanitas
221	8/10/2015	9/10/2015	Profesional	Sanitas
222	10/10/2015	19/10/2015	Común	Sanitas
222	20/10/2015	29/10/2015	Común	Sanitas
223	30/10/2015	8/11/2015	Común	Sanitas
334	11/06/2017	15/06/2017		Emermédica

Tampoco es motivo de debate, que a la demandante se le determinó una PCL del 14.2%, con fecha de estructuración 8 de junio de 2013, mediante dictamen elaborado por la Universidad Nacional, y del cual sirvió de prueba por el *a quo* para fulminar condena en contra de AXA COLPATRIA.(archivo 11, fº 4-6).

Por lo tanto, la indemnización por incapacidad permanente parcial no se encuentra prescrita, como quiera que el dictamen fue presentado en el curso del proceso. La misma suerte corre el subsidio por incapacidad temporal, como quiera la primera incapacidad a la que condenó el juez de instancia fue la causada el 27 de agosto de 2014 y las demás son posteriores a esta fecha –del 27 de agosto de 2014 a 23 de octubre de 2014; del 14 de diciembre de 2014 al 8 de noviembre de 2014 (de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la providencia); así como del 11 de junio de 2017 al 15 de junio de 2017 y las que se emitieron con posterioridad a dicha data y hasta el 8 de noviembre de 2018—, y dentro de los 3 años siguientes se acudió al aparato judicial para el reclamo de estos derechos. (folio 1 del archivo 1 del expediente digital).

En consecuencia, se confirmará este punto de la sentencia de primera instancia.

DE LAS DEMÁS EXCEPCIONES

Se duele el apoderado de AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., que no se hubiere declarado o estudiado las excepciones formuladas y que denominó en su oportunidad compensación y la genérica. Para resolver la inconformidad, se deberá indicar, que, no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 1714 y s.s. del C.C. al advertir que el primero de los medios exceptivos propuestos,

procede cuando dos personas son deudoras una de la otra, operando entre ellas una compensación que extingue ambas deudas. Así, una vez analizada la prueba arrimada por la parte actora, dado que el recurrente, no aportó junto con su contestación documento alguno, tendiente a acreditar que hubiere sufragado el pago de incapacidades o subsidios a favor de Diana Paola, no hay lugar a declarar probada la excepción formulada.

En cuanto a la excepción genérica, deberá indicarse que, no se avizora ningún hecho que constituya una excepción, siendo estas las razones suficientes para despachar de manera desfavorable el recurso incoado, en estos dos puntos.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso para AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., se le impondrá las costas de esta instancia.

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

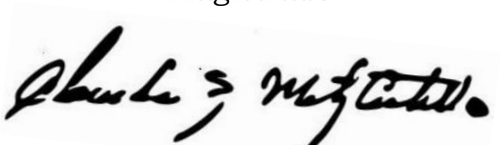
R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 23 de noviembre de 2022, emitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Costas en esta instancia a cargo de AXA Colpatria Seguros de Vida S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105006 2016 00019 01. Demandante: Diana Paola Olmos Torres. Demandado: AXA Colpatría Seguros de Vida S.A. y Junta Nacional de Calificación de Invalidez

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105032 2020 00061 01**
Demandante: **Claudio Oswaldo Cruz Oswaldo Cruz Velásquez, Luisa Fernanda Clavijo Hernández, María Gloria Velásquez de Cruz y Luis Enrique Cruz Moreno**
Demandado: **Central Charter de Colombia hoy Central Aerospace S.A.S.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Claudio Oswaldo Cruz Oswaldo Cruz Velásquez, en nombre propio y en representación de sus menores hijos JCC y JLCC; Luisa Fernanda Clavijo Hernández, María Gloria Velásquez de Cruz y Luis Enrique Cruz Moreno, demandaron a Central Charter de Colombia SAS hoy Central Aerospace S.A.S., con el fin que se declare: *i)* la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, desde el 31 de enero de 1997 y hasta la fecha de presentación de la demanda; *ii)* la patología médica que presenta, de "disección de arterias cerebrales" y sus consecuencias, son de origen profesional y producto del accidente laboral sufrido el 8 de febrero de 2017, el cual ocurrió por culpa del empleador; *iii)* responsable patrimonialmente a la demandada de los perjuicios sufridos a cada uno de los demandantes, con ocasión de lo infortunio laboral y sus secuelas; *iv)* el último salario devengado fue la suma de $7.099.000 mensuales.

Asimismo, solicita el reconocimiento y pago de: *i)* la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social con el salario realmente devengado; *ii)* la diferencia pensional entre el valor reconocido por la ARL Sura y la suma de $7.099.000, desde la fecha en que le fue reconocida la pensión, hasta la fecha que cese el derecho; *iii)* la indemnización plena de perjuicios, por daños materiales causados; los gastos de transporte, tratamientos médicos (medicamentos, exámenes y otros), que no han sido cubiertos por la ARL o EPS, por daño emergente consolidado equivalente a $10.000.000, por lucro cesante, teniendo en cuenta la pérdida de capacidad laboral del 53,94%, la suma de $575.800.000; por daños inmateriales entre 200 salarios mínimos legales y el tope máximo; a Luisa Fernanda Clavijo Hernández, como compañera permanente del trabajador, a los hijos de Claudio Oswaldo Cruz , JCC y JLCC, María Gloria Velásquez de Cruz y Luis Enrique Cruz Moreno en calidad de padres de Claudio Oswaldo Cruz Oswaldo Cruz Velásquez, la suma de 100 salarios mínimos y el valor máximo; estimando los perjuicios de la vida en relación en cuantía de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes; como perjuicio a la salud o daño fisiológico para el empleado demandante, 200 salarios mínimos; *iv)* indemnización contenida en el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; *v)* indexación y *vi)* costas y agencias en derecho.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos facticos de sus pretensiones, en síntesis indica que: *i)* empezó a trabajar con Central Aerospace S.A.S el 31 de enero de 1997, mediante contrato de trabajo a término indefinido; *ii)* a la fecha de presentación de la demanda, el vínculo se encuentra vigente; *iii)* se desempeñó como inspector de mantenimiento y con el tiempo fue ascendido a jefe de control de calidad; *iv)* el último salario devengado fue de $7.099.000; *v)* le eran pagadas de forma fija y mensual comisiones, pero estas no se tuvieron en cuenta para liquidar los aportes al sistema de seguridad social; *vi*) el horario de trabajo era de 7:00 a.m a 5:30 p.m de domingo a domingo, a tiempo completo y a disposición del empleador, llegando a cumplir jornadas diarias de 20 horas y 80 semanales, sin

descansos y sin atención a los protocolos de seguridad en el trabajo para turnos diarios y nocturnos; *vii)* desplegó sus labores de manera personal, en distintas zonas del territorio nacional; *viii)* padeció de estrés laboral, fatiga y cansancio; *ix)* el 8 de febrero de 2017, sufrió un accidente de trabajo producto de la sobrecarga de trabajo, que conllevó a un micro sueño, generando un movimiento brusco de la cabeza y la disección por ruptura de la arteria vertebral y posterior trombosis y oclusión arterial cerebeloso; *x)* su jornada laboral superaba las 16 horas continuas, de manera diaria, *xi)* durante los dos últimos años, era la única persona encargada del área de mantenimiento; y realizaba turnos de 36 horas continuas; *xii*) la demandada nunca tomó las acciones correspondientes a disminuir los riesgos propios de la actividad, no ejecutó el plan de prevención y seguridad laboral en relación con las jornadas de trabajo, no tenía con un adecuado sistema de seguridad en el trabajo, no contaba con el personal suficiente para la realización de labores de control de calidad; *xiv)* la carga semanal pasaba las 80 horas, en muchas ocasiones sin período de descanso requerido; *xv)* en su turno le tocaba atender, supervisar y verificar reparaciones de has 10 aviones; *xvi)* el accidente sufrido fue catalogado de origen laboral; calificado con una pérdida de capacidad laboral del 53,94%; *xvii)* no le fue cancelado el auxilio de cesantías; las diferencias de los intereses a las cesantías y la prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social.

Con relación al accidente de trabajó señaló que: *i)* desde el 23 de enero hasta el 8 de febrero de 2017, cumplió una jornada de 12 horas; que ingresó a trabajar a las 6:30 a.m y salió a las 6:30 p.m a su domicilio; *ii)* a las 7:30 p.m, cuando iba ingresando a su casa, recibió una llamada de la empresa y debió regresar, a recoger el equipo necesario para ir a Cartagena a reparar un avión de la compañía; *iii)* a las 10:15 p.m aborda el avión y estando en este, de manera súbita pierde el conocimiento, por un micro sueño; *iv)* después de este suceso, empezó a sentir un dolor permanente y severo de cabeza, sin embargo, se dirige a arreglar la aeronave, terminando su labor a las 4:00 a.m del 9 de febrero, fecha en la que se registra en el Hotel de la ciudad de Cartagena a las 5:00 a.m y a las 2:20 p.m regresa a Bogotá; *v)* fue valorado por neurología el 10 de marzo de 2017, ante la persistencia en los síntomas; el 25 de marzo del mismo año es hospitalizado en la Clínica

Reina Sofía y el 29 le realizan disección de arteria vertebral izquierda; vi) el 24 de abril de 2017, se emite certificado, en el que, se indica la relación directa entre el accidente cerebro vascular y el procedimiento realizado al afiliado; se diagnostica al paciente con parálisis cerebral hemisferio izquierdo, vértigo de origen neurológico; *vii*) el 9 de mayo de 2018, la Junta Nacional de Calificación emite dictamen al afiliado, con una pérdida de capacidad laboral del 53,94%.

Agregó que, al momento de iniciar el contrato con la demandada, gozaba de buena salud; pero dadas sus condiciones médicas actuales, ha presentado dificultad para realizarse socialmente, viéndose afectado también su núcleo familiar, al no poder realizar actividades deportivas, tampoco puede colaborar con las labores del hogar y su estado de ánimo es variable; los daños que padece son consecuencia directa de la actividad laboral y accidente. Que, para el momento del suceso, llevaba 17 horas despierto, además tenía riesgos ergonómicos y físicos que causaron el mismo; y no se contó con los elementos adecuados para su protección No se implementaron los programas de medicina preventiva, higiene o seguridad industrial, tampoco contaba con uno de salud ocupacional, que le permitiera identificar y controlar los efectos del riesgo psicosocial, ergonómicos, y físicos a los que se vio sometido el día del infortunio. No se brindó capacitación para atender la fatiga laboral. (archivo 1, f°l 30)

3. ACTUACION DEL JUZGADO.

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 5 de febrero de 2020 (f° 113, del archivo 1) y la misma fue admitida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del circuito de Bogotá D.C., con proveído del 23 de julio de 2020 (f°. 115, archivo 1), siendo enviada citación al correo electrónico contabilidad@charter.com.co el 11 de marzo de 2021 (archivo 4).

Central Aerospace S.A.S. contestó la demanda en forma legal y oportuna. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el extremo inicial, el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Precisó que el vínculo finalizó

2 de febrero de 2021, teniendo como último cargo, el de inspector de mantenimiento. Con respecto a los demás fundamentos fácticos señaló que no eran ciertos o no le constaban. Como excepciones propuso las que denominó, inexistencia del hecho sustento del proceso y del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, pago y otras excepciones (Archivo 5 del expediente digital).

En apretada síntesis, sostuvo que las consecuencias del accidente de trabajo, no pueden endílgasela, y que la empresa efectuó el pago de acreencias laborales conforme a lo establecido en la Ley; respecto a las causas y origen del infortunio, señaló que Claudio Oswaldo Cruz Velásquez, no laboraba una jornada superior a las 12 horas diarias ni 48 horas semanales, pudiéndose constatar esta información con la prueba documental arrimada al cartulario, además, desde el año 1997 a la fecha, no se informó que el exceso de trabajo le hubiere ocasionado estrés laboral, fatiga o cansancio, y que, el reporte del accidente se realizó tres meses después, de acuerdo a las exposiciones realizadas por el ex trabajador, pero, que en manera alguna se informó que había acaecido por las causas antes señaladas. Por otro lado, precisó que, la labor desplegada por el actor está catalogada en el nivel 4, de acuerdo a una constancia emitida por la ARL Sura S.A., además, que ellos cuentan con un manual de sistema de seguridad en el trabajo; y que, en la información registrada ante el galeno tratante el 8 de marzo de 2017, adujo que tenía unas molestias en su salud, pero con un tiempo de evolución de 8 a 10 días. Para la fecha de ocurrencia de los hechos, Claudio Oswaldo Cruz Velásquez, ingresó a trabajar a las 6:45 am. y salió a las 5:00 p.m., disfrutando de una hora y treinta minutos para almorzar y descansar. En la empresa sí existe un sistema de seguridad en el trabajo. En el informe del accidente que hizo muchos días después del mismo, el demandante no hace alusión al micro sueño, cabezazo vertical.

Con proveído del 20 de agosto de 2021, el juez de conocimiento admitió el llamado en garantía formulado por Central Aerospace S.A.S. y consecuencia de ello, se convocó al trámite a Seguros de Vida Sura (archivo 9 del expediente digital).

Seguros de Vida Suramericana S.A., estima que no existen presupuestos fácticos, técnico – científicos y jurídicos para fulminar condena en contra de la aseguradora, al encontrarse acreditado el cumplimiento de las obligaciones prestacionales a su cargo. Frente a los hechos, aceptó el accidente laboral, así como la parálisis cerebral sufrida por el demandante, el porcentaje de PCL determinado por la ARL Sura, y el origen de la enfermedad como laboral. Propuso como excepciones, las de, improcedencia de aplicar culpa patronal a Seguros de Vida Suramericana, inexistencia de prueba de culpa patronal, cumplimiento de seguros de vida Suramericana S.A. de todas sus obligaciones frente al demandante, falta de legitimidad de seguros de vida suramericana, cobro de lo no debido, prescripción de derechos y prestaciones, compensación, buena fe, enriquecimiento sin causa y cualquier otra que resulte probada (archivo 13 del expediente digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha, 24 de noviembre de 2022 dispuso (archivo 56).

> "PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia del hecho sustentó del proceso y cobró de lo no debido formuladas por CENTRAL AEROSPACE S.A.S., así como las excepciones de improcedencia de aplicar culpa patronal a Seguros de Vida Suramericana e inexistencia de prueba de culpa patronal formuladas por la llamada en garantía, conforme las consideraciones expuestas.
>
> SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada CENTRAL AEROSPACE S.A.S. y a la llamada en garantía SEGUROS DE VIDA SUDAMERICANA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente proceso
>
> TERCERO. CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv.
>
> CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a los demandantes, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta..."

En lo que interesa para desatar el recurso, el *a quo,* cimentó su decisión en que, todo trabajo tiene implícito un peligro, siendo necesario establecer la

conducta del causante del daño y si esta resultaba determinante con el fin de imputar responsabilidad, no solo demostrando el siniestro sino la culpa del empleador.

En lo tocante a la culpa patronal, estudió el dictamen allegado por el promotor litigioso y lo confrontó con lo expuesto por el perito en audiencia pública, donde precisó que, respecto a la sobrecarga laboral, el informe se basó en lo manifestado por el actor, en una entrevista entablada con éste, restándole de esta manera credibilidad a las conclusiones a las que había arribado el experto. De los desprendibles de nómina, se podía concluir que, Claudio Oswaldo Cruz trabajaba ocasionalmente horas extras, pero estas no eran en la proporción aducida en el líbelo introductorio y mucho menos que estas excedieran la jornada máxima, por ello, no encontró demostrada la sobrecarga laboral y que esta hubiera dado lugar al accidente cerebro vascular. Por otro lado, precisó que, los micro sueños, no necesariamente se generan por el tema laboral.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del juez de primer grado el demandante la recurre aduciendo que "*este extremo procesal allegó un dictamen pericial que determinó el juez de instancia no es de bien recibido, dado que se realizó una entrevista anterior a la presentación del mismo, al señor Claudio Oswaldo Cruz, entrevista que fue necesaria y que fue requerida, dada la falta de documentación con la que contaba esta parte, en relación a la solicitudes documentales realizadas a la parte demandante, en este caso Central Charter, toda vez que previo a la presentación de la demanda y durante del trámite de la misma, fueron solicitados los protocolos que permitieran determinar cómo era la asignación de horarios de todos sus trabajadores. De forma adicional se entregaran los protocolos indicados por la entidad demandada, en atención a que no se contaba con un control adecuado ni de horas extras, ni un control adecuado de ingreso y egreso de la salida de los trabajadores, como bien se concluyó en dicho dictamen pericial.*

Ante la falta de entrega de esta prueba documental, manifestaciones que fueron realizadas a lo largo del proceso, se advertía sí o sí la necesidad de lograr controvertir y asegurar y demostrar y probar dentro del proceso que los horarios que practicaba

de forma regular el señor Claudio Oswaldo Cruz , si eran extensos, eran ocasionales, pero desde la virtud y calidad de las labores que realizaba, requería por parte de Central Charter la implementación de un adecuado sistema de seguridad y salud en el trabajo. Esta perspectiva de cómo se constituye la prueba y los documentos por nosotros solicitados, va desde la obligatoriedad que tenía la empresa de entregarnos estos protocolos a la consideración de determinar que en este caso se presentaba una inversión dinámica de la prueba, toda vez que Central Charter se encontraba en mejor posición probatoria. Si bien aportaron documentos, se ratifica que esos documentos fueron aportados de forma parcial, no fueron aportados de forma completa o sustentados en algún protocolo. Señala el despacho que Central Charter realizó una relación de las horas trabajadas los días previos al accidente, pero se ratifica en esta instancia, que este ponderado de pruebas no tiene ningún sustento en algún programa de seguridad y salud en el trabajo, lo que nos permitiera a nosotros, efectivamente corroborar si se cumplía con los estándares mínimos de lo que antes se conocía como salud ocupacional. Soy reiterativa en advertir que desde la óptica de la carga de la inversión de la prueba y de las reiteradas solicitudes que hizo esta parte para que se aportaran unos protocolos y demás documentos soportes, la corte suprema en su sala laboral, ha reivindicado históricamente una regla jurídica, en virtud de la cual, por pauta general, el trabajador le corresponde demostrar las circunstancias del hecho, pero de forma exceptiva con arreglo en lo previsto en los artículos 167 del CGP y 1604 del Código Civil cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es el empleador quien debe asumir esta obligación de demostrar. No es bien recibido de esta parte que se haya indicado por el despacho que no se probó en debida forma la culpa patronal, pues, ante la falta y la falla probatoria que estaba en cabeza en determinado momento de los documentos que nos pudiera entregar Central Charter a esta parte se le dificultaba su labor, bajo el entendido de que no fueron aportados ninguno de los protocolos antes mencionados…", agregando que al haber acaecido el accidente en horario laboral extendida y que no debió ocurrir por cuestión de protocolos, dadas las labores especiales desplegadas por el actor.

7. PROBLEMA JURIDICO

Debe la Sala a entrar a estudiar: *i)* si existió culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo sucedido al actor el 8 de febrero de 2017; *ii)* en materia de la indemnización

plena y ordinaria de perjuicios del artículo 216 del CST, quién debe probar la culpa del empleador en el infortunio laboral y/o enfermedad profesional?

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la Sala a realizar el análisis sobre los reparos efectuados por el demandante en la sustentación del recurso interpuesto.

No es objeto de discusión que: *i)* entre las partes se suscribió un contrato a término indefinido, a partir del 31 de enero de 1997 (fº. 71-76, archivo 1 y 227 archivo 5); *ii)* el cargo desempeñado inicialmente de Inspector de mantenimiento, y luego como Jefe de Control de Calidad, según el otrosí suscrito entre las partes el 17 de noviembre de 2017 (fº. 233 archivo 5); *iii)* el vínculo feneció por justa causa, el 2 de febrero de 2021, por reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de Claudio Oswaldo Cruz (fº. 438 y 439 del archivo 5); *iv*) el actor tuvo una PCL del del 53,94%, origen laboral (folio 89, 67 y 71 del archivo 13).

DE LA INDEMNIZACION PLENA Y ORDINARIA DE PERJUICIOS. ART. 216 DEL CST.

Solicita el demandante el reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, por culpa del empleador en el accidente laboral ocurrido el 8 de febrero de 2017, durante el vuelo de la ciudad de Bogotá a Cartagena (folio 88 del archivo 1).

No ofrece discusión el hecho del AT, así aparece demostrado con el informe rendido por el actor el 1° de mayo de 2017, ante la ARL en la que informó que "en un vuelo comercial de Avianca en la ruta Bogotá – Cartagena a las 11:30 pm, donde se dirigía en compañía del señor Elver Velásquez a realizar un trabajo de mantenimiento a la aeronave de Central Charter de Colombia S.A.S", refiriendo que, "durante el vuelo realizó un movimiento brusco con la cabeza, que le produjo un fuerte dolor de cabeza permanente, al bajar de la aeronave ingirió una tableta de Advil y se dirigieron a realizar el trabajo que les fue asignado. Terminaron el trabajo alrededor de las 4:00 am del día 9 de febrero, se trasladaron al hotel SONESTA de Cartagena en el que se registraron a la 5:04 am para

descansar y salieron del mismo a las 12:21 del día hacia el aeropuerto para abordar el vuelo comercial a las 2:40 pm con destino Bogotá D.C. El 10 de febrero el señor Claudio Oswaldo Cruz siguió trabajando en sus actividades laborales en el área de mantenimiento hasta el día 10 de marzo." (folio 83 del archivo 1 del expediente digital). Y también está probado con el reporte de incidente o accidente de trabajo, elaborado por Elver Velásquez, jefe de mantenimiento de la sociedad demandada el 11 de mayo de 2017 (archivo 1, fº 83).

Dispone el artículo 216 del CST:

> "**Artículo 216. Culpa del empleador.-** Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios [...]"

De acuerdo con la norma reseñada, para que proceda el pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios es necesario que se declare la culpa del empleador en el accidente de trabajo, esto es, que actuó con imprudencia, impericia, negligencia o violación de un precepto legal, por tratarse de una responsabilidad subjetiva.

La Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral en la sentencia CSJ SL1897-2021, realizó a profundidad el estudio de los supuestos del art. 216 del CST para declarar la responsabilidad por la indemnización plena de perjuicios en los casos de culpa por omisión, así:

> 1.1. Sobre la *culpa suficientemente comprobada del empleador* respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:
>
> "[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)". Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020.
>
> Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la *culpa leve* que define el art. 63 del CC.

La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que **la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general,** debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, **por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil.** En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).

1.2 **En cuanto al nexo causal** que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entra la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020."

Importa anotar que, las bases del deber de prevención y cuidado del empleador giran en torno a la seguridad y salud en el trabajo, así lo dejó

sentado la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral en sentencia SL5154-2020.

El artículo 2°, numeral 18, 34 y 35 del Decreto 1443 de 2014, por medio del cual se implementó el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) consagra:

> **Artículo 2°. *Definiciones.*** Para los efectos del presente decreto, se aplican las siguientes definiciones:
> (…)
> 18. **Evaluación del riesgo:** Proceso para determinar el nivel de riesgo asociado al nivel de probabilidad de que dicho riesgo se concrete y al nivel de severidad de las consecuencias de esa concreción.
> (…)
> 34. **Riesgo:** Combinación de la probabilidad de que ocurra una o más exposiciones o eventos peligrosos y la severidad del daño que puede ser causada por estos.
> 35. **Valoración del riesgo:** Consiste en emitir un juicio sobre la tolerancia o no del riesgo estimado.

Y el 4, dispone:

> **Artículo 4°. *Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST).*** El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) consiste en el desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud en el trabajo.
> El SG-SST debe ser liderado e implementado por el empleador o contratante, con la participación de los trabajadores y/o contratistas, garantizando a través de dicho sistema, la aplicación de las medidas de Seguridad y Salud en el Trabajo, el mejoramiento del comportamiento de los trabajadores, las condiciones y el medio ambiente laboral, y el control eficaz de los peligros y riesgos en el lugar de trabajo.
>
> Para el efecto, el empleador o contratante debe abordar la prevención de los accidentes y las enfermedades laborales y también la protección y promoción de la salud de los trabajadores y/o contratistas, a través de la implementación, mantenimiento y mejora continua de un sistema de gestión cuyos principios estén basados en el ciclo PHVA (Planificar, Hacer, Verificar y Actuar).
>
> **Parágrafo 1°.** El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) debe adaptarse al tamaño y características de la empresa; igualmente, puede ser compatible con los otros sistemas de gestión de la empresa y estar integrado en ellos.

> **Parágrafo 2°.** Dentro de los parámetros de selección y evaluación de proveedores y contratistas, el contratante podrá incluir criterios que le permitan conocer que la empresa a contratar cuente con el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST).
>
> (…)

En resumidas cuentas, para llevar a cabo tal gestión, el empleador, debe, primero suscribir la política de seguridad y salud en el trabajo, pero ello no basta para adoptar las medidas necesarias de protección, pues, para tal efecto, debe dar a conocer a sus trabajadores dichas políticas o manuales; por otro lado, debe asignar responsabilidades a un trabajador, en cada área de la empresa, debiendo esta persona rendir cuentas sobre la labor desplegada; además, para tener una buena política de seguridad se deben contar con los recursos económicos necesarios para suplir las necesidades que se presenten, siendo valorado en forma anualizada los problemas, falencias y mejoras que se implementan a dicho sistema, buscando por medio de actividades que se, prevengan accidentes y enfermedades laborales, manteniendo documentado todas las gestiones realizadas en este aspecto. Además, en caso de identificarse riesgos, estos no solo deben documentarse sino que también debe actualizarse este ítem cada vez que se presente un accidente de trabajo e informar al Comité Paritario o Vigía sobre las evaluaciones de los ambientes de trabajo para que en caso de considerarlo necesario emita las correspondientes recomendaciones.

En este orden de ideas, la debida diligencia y cuidado incorpora la implementación de procesos lógicos de prevención en los que el empleador tiene la obligación de identificar, anticipar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales y peligros a los cuales expone a su colaborador en el desempeño de sus funciones (CSJ SL 1140-2023).

El demandante estima que la culpa en el accidente sufrido, fue debido al exceso de trabajo que tenía para la época, la cual ocasionó una fatiga laboral, que hizo que se quedara dormido en el vuelo y se presentara un movimiento brusco de su cabeza, generándole una "disección por ruptura de la arteria vertebral" y posterior trombosis y oclusión ocular. Y como incumplimiento del empleador en los deberes de protección indica omisión: *i)* en la

implementación de manera adecuada los programas de medicina preventiva, higiene o seguridad industrial, de salud ocupacional que le permitiera identificar y controlar los efectos del riesgo psicosocial, ergonómicos, y físicos a los que se vio sometido el día del infortunio; *ii)* en la ejecución del plan de prevención y seguridad laboral en relación con las jornadas de trabajo; *iii)* en la estructuración de protocolos ocupacionales adecuados para la dimisión del riesgo, al ser catalogada la labor desarrollada por el demandante como de "alto riesgo*"; iv)* omisión de capacitación para atender la fatiga laboral.

Conforme a lo anterior, y dado que se alega por parte del demandante, una serie de omisiones en las medidas de protección adoptadas por Central Aerospace S.A.S., es a la convocada a quien le corresponde, en efecto, acreditar que cumplió con ellas. Existiendo culpa, como lo ha entendido la doctrina, cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar. (Culpa Leve).

> ***"Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador****, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que,* ***por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil.*** *En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020*

Pues bien, para resolver la inconformidad del impugnante procede la Sala al análisis del material probatorio consignado en el informativo, así:

Registro de votantes al comité paritario del entonces Comité Paritario de Salud Ocupacional en Central Charter de Colombia S.A. del 7 de agosto de 2006, 6 de noviembre de 2008 (f°. 90, 91 archivo 26).

Capacitación del entonces, ARP Colpatria, a los trabajadores de Central Charter el 12 de julio de 2011 sobre manejo, pero sin ser comprensible la siguiente palabra (F°. 87 archivo 26).

Registro de asistencia a capacitación realizada por Colpatria, sin precisarse el contenido de la misma, ni la fecha, únicamente se vislumbran los nombres de los trabajadores con sus respectivos números de identificación, cargo y firma (f°. 86 ibídem, Archivo 26).

Certificado médico de aptitud laboral realizado al demandante el 28 de febrero de 2013 por la empresa Qualitas Ltda. (f°. 94 archivo 26).

Exámenes ocupacionales realizados el 28 de julio de 2015 (f°. 93 archivo 26).

Matriz emitida en enero de 2017, en el cual se señalan los cargos de la empresa, la actividad y tareas desplegada por los trabajadores, el factor de riesgo, peligro, fuente, efectos y actividad, siendo pertinente precisar que el cargo de "inspector de mantenimiento" el cual desempeñaba el actor a la fecha del infortunio, no se encuentra enlistado en la aludida matriz, sin embargo, de acuerdo a lo expuesto por el representante legal de la demandada, en el interrogatorio de parte, el inspector se encarga de supervisar y auditar las labores del técnico, luego entonces, tales funciones, estima la Sala se asemejan a las de un "inspector control calidad", los cuales tiene como factores de riesgo, el "físico", por radiaciones no ionizantes (microondas, inflarroja, radiofrecuencias, etc), teniendo como fuente la exposición a la luz solar y posibles efectos la irritación de la piel, cáncer de piel; ii) por otro lado, el ruido, ocasionado por las aeronaves en rampa y en tránsito con un efecto de hipoacusia; iii) en el acompañamiento de aeronaves se presenta un factor de riesgo de "tránsito", presentándose un peligro en el transporte aéreo, teniendo como fuente el acompañamiento en aeronaves hasta CATAM, y como efectos hasta la muerte; iv) y de "carga física", por movimientos repetitivos, originados cuando se digita la mayor parte de la jornada laboral y con unos efectos en lesiones por trauma acumulativo (túnel del carpo, tendinitis etc); sin que se relacione en dicho documento que esta

clase de inspectores tengan un riesgo psicosocial, que es el que produce entre otros la fatiga, microsueño (f° 261 archivo 5).

Entrega o reposición de elementos de protección efectuado en febrero de 2017 por la demandada al trabajador (f°. 89 archivo 26).

Manual de sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo M-SST-01 de mayo de 2017, en el que se registra como horario laboral tanto para el área administrativa como para la de mantenimiento, de 7:00 am a 5:30 pm (punto 1.2., f°. 379); además, se estipuló como elementos y equipos para los procesos de mantenimiento, herramientas manuales y eléctricas, jenie (elevador), bancos de trabajo, equipos de atención de emergencia como extintores, camilla y botiquines y señalización (punto 1.6., f°. 380); teniendo como objetivos, mantener el bienestar físico, mental y social de los trabajadores, así como identificar, evaluar y controlar los agentes y factores de riesgo presentes en el sitio de trabajo y que pudieran causar accidentes o enfermedades, estableciendo planes de gestión para el control de ellos y proporcionando a los trabajadores los conocimientos necesarios para desplegar sus labores (punto 4.2., f°. 389); dando alcance a todas las áreas y centros de trabajo de la empresa (punto 4.3., f°. 389), para ello designó un coordinador de sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (punto 4.4.1., f°. 389). Fue así como planificaron una metodología con la ARL Sura, para identificar los peligros, estimación y valoración de riesgos, proponiendo controles generales y específicos del riesgo (punto 5.1, f°. 395), señalándose que se realiza una auditoria para el cumplimiento del SG-SST, una vez al año, previa coordinación con las áreas de intereses y de acuerdo a las necesidades que surjan (punto 7.1 y 7.1.1., f°. 405). (f°. 361-408 archivo 5).

Certificado médico de aptitud laboral emitido por la empresa de Servicios Aeromédicos Integrales S.A.S. – Sami, el 3 de agosto de 2017 (f° 102 archivo 26).

Recomendaciones post incapacidad de fecha 3 de agosto de 2017, entregadas por la empresa demandada, entre las que se anota “RECOMENDACIONES EMPRESARIALES. (f° 86 archivo 1).

“ 1. Implementar en el puesto de trabajo el programa de pausas activas, con el fin de disminuir el estrés, fatiga y el cansancio originado por los movimientos repetitivos y posiciones prolongadas.”

Acta de Seguimiento de cumplimiento de recomendaciones al demandante emitido el 19 de septiembre de 2017, conforme al certificado médico de aptitud laboral post incapacidad (f°. 96 – 101 archivo 26).

Dictamen del 9 de mayo de 2018, emitido por La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por solicitud de la ARL, y segunda instancia al determinar que el origen de la enfermedad del demandante – narcolepsia y cataplexia y disección de arterias cerebrales, sin ruptura— es laboral, ratificando el dictamen n° 80470268 del 5 de octubre de 2017 emitido por la Junta Regional de calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca (f° 96 archivo 1)

Certificado de la ARL Sura, de fecha 23 de abril de 2019, en el que hace constar que, el demandante se encontraba afiliado como “trabajadores de CENTRAL CHARTER DE COLOMBIA SAS que se encuentra EN COBERTURA, en el centro de trabajo 0000000001-CENTRAL CHARTER, Clase de riesgo 4, Porcentaje de cotización 4.35%” (f°. 220 archivo 5).

Certificación laboral del 15 de julio de 2019 por el Director Administrativo y Financiero de Central Charter de Colombia S.A.S, en donde se señalan las funciones a desplegar por el trabajador y el horario de trabajo “07:00 am – 05:30 pm.” (f°. 223 archivo 5).

Claudio Oswaldo Cruz, informó que después del 8 de febrero de 2017, siguió trabajando, aunque no con la misma eficacia, además, le fueron emitidas incapacidades. Explicó que, reportó el accidente hasta 11 de mayo de 2017, teniendo en cuenta lo expuesto por los médicos tratantes para la época. Agregando a su exposición que, en enero de 2017, disfrutó de unas vacaciones, pero se sentía agotado, por las extensas jornadas laborales.

En interrogatorio de parte, el representante legal de Central Aerospace SAS, aceptó que para el año 2017, la compañía tenía protocolo de seguridad y

salud en el trabajo, con control de ingreso y salida del personal, el cual era contratado con una empresa de seguridad; informando que había dos inspectores de taller, para esa data; respecto a los horarios de trabajo de los inspectores señaló que era de 7:00 a.m a 5:30 p.m y que se llamó al actor para que volviera a trabajar, por la dinámica del negocio; precisando que para el viaje programado a la ciudad de Cartagena, asistió el técnico (Elver) y el inspector (Claudio Oswaldo Cruz), siendo el primero, el encargado de realizar la reparación de la aeronave y el segundo, quien supervisaba el trabajo, agregó que esta labor se encuentra reglada en los protocolos nacionales e internacionales; además que las funciones del inspector se encarga de supervisar, auditar las labores del técnico.

Álvaro Caro Rodríguez, amigo y vecino del demandante hace más de 40 años, le consta el cambio físico y sicológico de Claudio. Indicando que las jornadas laborales eran extensas, saliendo de su casa a las 2 o 3 de la mañana y llegando al día siguiente. **Javier Galindo,** actualmente, es el director de control y calidad de Central Aerospace SAS; trabaja en la empresa desde 1989. Conoció al actor, porque fue docente de él en la escuela. Precisó que él le asignó las funciones, como inspector, las cuales consistían en dar el visto bueno de los trabajos que realizaban los técnicos y en ocasiones realizar auditorías; respecto al accidente de trabajo, precisó que él iba a ir a Cartagena, pero, al ser la reparación, respecto a fallas hidráulicas, dada la especialidad de Claudio Oswaldo Cruz , decidió asignarle el trabajo a él y no a su compañero Giovanni, procediendo a llamarlo y preguntarle si podía ir, recibiendo aceptación por parte del trabajador. Cuando llegaron a Cartagena, Elver le dijo que Claudio Oswaldo Cruz había presentado un dolor de cabeza intenso, pero no le informó nada más, pensando en el momento que era por problemas de una cirugía de tiroides que había tenido; por otro lado, señaló que, el horario de trabajo, es de 7:00 a.m a 5:30 p.m, presentándose trabajos adicionales, pero eso se coordina antes de salir, y que, estos son ocasionales. Además, que, a partir del año 2015, al presentarse cambio de administración, se hicieron ajustes en los horarios y se empezaron a pagar las horas extras. Aclarando que, de acuerdo a la necesidad del servicio que se requería, él organizaba el trabajo; al auscultársele el por qué se había llamado, al trabajador nuevamente a prestar servicios, cuando este ya había

cumplido su jornada laboral, indicó que, ello había surgido por un imprevisto con una aeronave y les tocaba solucionar en forma apremiante; por otro lado, afirmó que Claudio Oswaldo Cruz no le reportó ninguna queja o inconformidad respecto a los horarios de trabajo que tenía. **Elver Velásquez,** es jefe de mantenimiento, conoce a Claudio Oswaldo Cruz, porque también laboró en la compañía. En lo tocante al accidente sufrido al actor, contó que, una aeronave había sido reportada a último momento y les fue asignado a él y a Claudio Oswaldo Cruz, ir a Cartagena, y en el transcurso del vuelo, iban revisando el plan de trabajo, para realizarlo, informándole su compañero que, le dolía la cabeza, a lo que él contesto, que cuando llegaran a Cartagena compraban unas pastillas, consiguieron el medicamento y se fueron a trabajar a la aeronave y como a las 4 de la mañana esperaron en el lobby donde estaban mientras llegaba el taxi y se fueron para el hotel como a las 5 de la mañana; afirmó que hizo un reporte para la ARL; dejando claro, que los horarios de cada uno son diferentes, dado que Claudio Oswaldo Cruz era inspector y él era técnico, para la época y, por tanto, tenían asignaciones diferentes; pero al indagársele más a fondo, respecto al horario de trabajo de la compañía, este fue enfático en señalar que, este es de 7 de la mañana a 5:30 de la tarde, pudiendo prolongarse, dependiendo de los trabajos, urgentes que se tuvieran que hacer, pero estos, eran esporádicos (archivo 23 del expediente digital). **Luisa Fernanda Ordoñez Casas**, fue asistente de Claudio Oswaldo Cruz en Central Charter, expuso que el horario de trabajo era de lunes a viernes de 7:00 a.m a 5:00 p.m, pero a veces hacían horas extras, dependiendo del trabajo que hubiese, podía ser hasta media noche o el otro día, o trabajar sábados y domingos, pero ello, era ocasional, por lo menos una vez a la semana; del accidente solo sabe que al demandante le tocó hacer un vuelo de prueba de una aeronave, él venía con un dolor de cabeza, pero le tocaba sacar la nave lo más pronto posible, y fue cuando se presentó el accidente (link obrante en el archivo 52 del expediente digital).

Por otro lado, el doctor **Rafael Alfonso Aguilar**, en calidad de perito médico contratado por la parte actora, respecto a la experticia rendida, informó que, se hizo un estudio del caso, de acuerdo a la documental emitida por Central Aerospace SAS –contrato de trabajo, reporte de accidente, investigación del incidente, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación, el

sistema de gestión y seguridad en el trabajo; historia clínica y valoraciones médicas, además, de lo expuesto por el mismo Claudio Oswaldo Cruz — y de *ello no podía concluir, si había un exceso de trabajo, y tampoco el nivel de estrés que puede presentarse en el cargo desempeñado por el actor*, ya que no se tenía información completa en este tópico. Aclarando respecto a las horas extras (numeral 14 de la experticia) laboradas por Claudio Oswaldo Cruz entre agosto y noviembre 2016 y febrero de 2017, que, los servicios prestados en horas adicionales, no eran continuas. Además, que, el episodio súbito de sueño, que, generó la hipertensión del cuello, se podía presentar en cualquier medio de transporte, "síndrome de latigazo", es decir, el cabeceo brusco por sueño o por un freno brusco en un automóvil, en el caso específico, podía entenderse que fue un micro sueño; no siendo usual, pero puede ocurrir, que, entre la fecha de ocurrencia del accidente y la presentación de sintomatología se dé un lapso de tiempo prolongado; el micro sueño no se presenta necesariamente por exceso de trabajo, sino, que es un síntoma de fatiga, donde el cuerpo reclama reposo y en las condiciones donde se facilitan las condiciones, en que el cuerpo no está alerta, sino en pausa, como en un vuelo, se puede presentar el micro sueño.

Jean Marc Van Hissenhoven, perito contratado por Central Aerospace S.A.S de Colombia, expuso, en primer lugar que, no existe razón de causalidad entre la fatiga laboral y la lesión vascular, pues, el trauma de latigazo no utiliza una baja energía, tal fenómeno ocurre, con más frecuencia, en un accidente automovilístico, en donde se está en presencia de la aceleración y desaceleración, que generan efectos inmediatos; en el caso específico, del sueño por fatiga durante un vuelo, no se ha presentado tal situación; en segundo lugar, señaló que una lesión vascular y el síndrome de fatiga crónica por exceso de trabajo y carga emocional, son asociados a elementos causales a un trauma, que generan síntomas y comportamientos, no relaciones neurológicas. Precisó que las causas de la lesión vascular, por lo general, son espontáneas y derivadas de condiciones carenciales, genéticas o patológicas que llevan a la degeneración vascular e induce los trombos, por lo que, justificar la causa por una actividad de un trauma menor, resultaba improcedente, pues, los traumas alegados son relacionados con quiroprácticos y lesiones deportivas, que desencadenan movimientos rápidos

y, sí, generan lesiones vasculares. No existe una relación de causalidad entre el evento traumático sufrido por el demandante y la lesión vascular.

Así, del estudio conjunto de las pruebas allegadas al proceso (art. 61 del CPT y SS) se encuentra que, a pesar de que Claudio Oswaldo Cruz sufrió un accidente el 8 de febrero de 2017 y que este fue catalogado de origen laboral, no está acreditada la culpa suficientemente comprobada por parte del empleador Central Aerospace S.A.S., como quiera que la sociedad demandada desvirtuó aquellas jornadas excesivas que afirmó el actor en los hechos de la demanda y que para él fueron las que originaron la fatiga laboral y el microsueño. La prueba testimonial recepcionada (Álvaro, Elver y Luisa Fernanda), es conteste en indicar que la empresa maneja un horario de 7:30 de la mañana a 5:30 de la tarde de lunes a viernes y que en ocasiones los técnicos podían laborar horas extras, pero que, esto era ocasional.

Amén, que, con los desprendibles de nómina, se prueba que el actor laboró horas extras para los años 2015, 2016 y 2017, sin embargo en el 2015 periodo fueron pagadas en los meses de mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre, (folio 114, 115, 118, 119, 121, 122, 123 del archivo 26 del expediente digital); en el 2016, en los meses de febrero (20,95 horas extras diurnas), marzo (28 horas extras diurnas y 3 nocturnas), abril (13 horas extras diurnas y 4,17 extras nocturnas), junio (20 horas extras diurnas y 2 extras nocturnas), agosto (22 horas extras diurnas y 3 extras nocturnas), septiembre (45 horas extras diurnas y 11 extras diurnas en dominical y festivo), octubre (15 horas extras en dominicales y festivos y 10,58 horas extras diurnas) y noviembre (7 horas extras diurnas y 2,5 horas extras nocturnas), (folio 125, 126, 127, 130, 133, 134, 135, 136 del archivo 26 del expediente digital). Para el año 2017, en el mes de enero el demandante disfrutó de vacaciones, por espacio de 17 días y 13 días prestó sus servicios, devengando en dicho período también horas extras, por 15 horas extras diurnas y ya en febrero de 2017, cuando se presenta el accidente, alcanzó a laborar 7 horas extras nocturnas y 2 horas extras diurnas horas extras (folio 138, 139 del archivo 26 del expediente digital).

Concluyéndose respecto al horario de trabajo, que, este era generalizado para todos los trabajadores de la Central Aerospace S.A.S., sin embargo, cuando

se presentaba alguna eventualidad, dada la responsabilidad del cargo ostentado por el actor (inspector), en ocasiones le tocaba prestar sus servicios fuera de la jornada ordinaria, pero no en la proporción alegada en el introductorio, de acuerdo con los registros realizados en los desprendibles de nómina del actor.

Como se expuso, la culpa del empleador está edificada en el incumplimiento de los deberes de protección y cuidado, los que como se expuso, giran en torno a la seguridad y salud en el trabajo, sin embargo en el *sub lite* no se alcanza a vislumbrar que en virtud de la labor desarrollada por el actor, este estuviere expuesto a factores de riesgo de estirpe psicosocial y que por lo tanto, el empleador estuviera llamado a mitigar, pues si es por las excesivas jornadas laborales, con el dicho de los testigos y la relación de los desprendibles de nómina no se puede corroborar que la carga semanal pasaba las 80 horas, en muchas ocasiones sin periodo de descanso requerido, como lo afirmó el actor en los hechos de la demanda. Además, que, según la matriz de enero de 2017, el cargo ejercido por el demandante estaba expuesto a factores de riesgo físicos, de tránsito y carga física pero no psicosocial, como sí los presentan las personas que se desempeñan en las áreas de nómina y recursos humanos, coordinadores de planeación financiera y proyectos; contable; financiera; tesorería; HSE y seguridad aeroportuaria; comercial, operaciones; seguridad operacional; despacho; operaciones de vuelo; gerencia control calidad, mantenimiento técnico aeronáutico los cuales, generan en este tipo de trabajadores, “fatiga, ansiedad, depresión, alteraciones del sueño, alteraciones gastro intestinales”, en otros casos, “estrés, dolor de cabeza, dolores musculares, alteraciones del sueño y del sistema digestivo” (f°. 242, 243, 245, 246 archivo 5), debido a la alta carga laboral y el nivel de responsabilidad de las tareas encomendadas

Ahora bien, tampoco se puede concluir que si existiendo culpa del empleador y habiéndose producido un daño en la humanidad del demandante, existiera un nexo causal entre uno y otro elemento, pues el mismo perito contratado por el actor fue muy preciso en indicar el episodio súbito de sueño, que, generó la hipertensión del cuello, se podía presentar en cualquier medio de

transporte, "síndrome de latigazo", es decir, el cabeceo brusco por sueño o por un freno brusco en un automóvil, en el caso específico, podía entenderse que fue un micro sueño, y este no necesariamente se presenta por exceso de trabajo. Lo que también se acompasa con el dictamen pericial traído al proceso por la convocada a juicio. El microsueño, la fatiga laboral, no quedó evidenciado como un riesgo potencial en la ejecución de las labores del demandante, por lo que no podía el empleador anticipar, conocer, evaluar y controlarlo.

Además, de la prueba documental arrimada al proceso, se puede avizorar que la empresa, realizó exámenes de actitud laboral al demandante, también, que eran realizadas charlas o capacitaciones a los trabajadores por parte de la entonces ARL Colpatria; por otro lado, que se entregaban elementos de protección a los trabajadores y se constituía el correspondiente Comité Paritario de Salud Ocupacional. La demandada demostró que contaba con su programa de salud y seguridad en el trabajo, y en su contenido lo relacionado con salud ocupacional. Y lo relacionado con la ejecución de un plan de jornadas de trabajo y capacitación para atender la fatiga laboral, al no evidenciarse trabajos suplementarios excesivos, mal podría obligársele a la compañía demandada implementarlos en las labores del demandante. La obligación de prevención de riesgos que tiene el empleador va relacionada con los factores de riesgo que tiene la labor desarrollada por el trabajador.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la decisión apelada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS de las instancias a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de medio (1/2) smmlv por concepto de agencias en derecho en esta instancia.

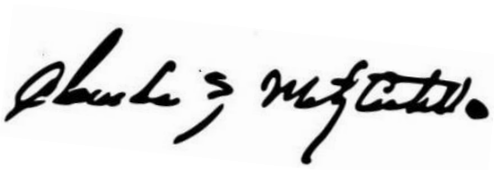
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105011 2018 00105 01**
Demandante: **María Ernestina Ayala de Casallas**
Demandado: **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., EPS Famisanar y Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

María Ernestina Ayala de Casallas, demandó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A, EPS Famisanar y Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A., con el fin de que se declare y condene: (f.° 80 archivo 1).

> "**PRIMERA**. Se ordene a la JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, modifique o corrija el dictamen **N° 39524912**, en cuanto a la calificación del origen, toda vez que se trata de una enfermedad de origen profesional y no común, tal como lo califico la ARL SURA, y se califique porcentualmente dicha patología.
>
> **SEGUNDA.** Se DECLARE que la patologías de la señora MARIA ERNESTINA AYALA DE CASALLAS, fueron originadas por los accidentes laborales y que son de origen laboral.

TERCERO. Se ORDENE a quien corresponda la calificación porcentual, integral y completa de las patologías de la señora MARIA ERNESTINA AYALA DE CASALLAS

CUARTO: Se ORDENE a quien corresponda el pago de la indemnización del porcentaje dado a la calificación integra de todas las patologías que padece mi mandante si este es inferior al 50%

QUINTO: Se ordene a quien corresponda el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, si el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral supera el 50%

SEXTO: Si en el transcurso del proceso se debaten nuevos hechos y pretensiones sean declarados por la facultad ULTRA Y EXTRA PETITA.

SÉPTIMO: Se CONDENE al pago de los Costas y agencias en derecho del presente proceso a la parte demandada."

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones indicó que: *i)* prestó sus servicios a la empresa Flores Sagaro S.A., entre el 2 de octubre de 1989 y el 30 de julio de 2017; *ii)* el último salario devengado correspondió a $737.717; *iii*) el cargo desempeñado lo fue de operaria de cultivo de rosas, debiendo, cortar, desbotonar, encajonar, desyerbar; *iv)* el 14 de marzo de 2014 sufrió un AT que le generó un trauma en el hombro izquierdo; *v*) el 13 de agosto del mismo año, la ARL Sura calificó el accidente como profesional; *vi)* la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, precisó que el origen de sus padecimientos como comunes; *vii)* el 26 de noviembre de 2014 le diagnosticaron síndrome de túnel carpiano bilateral y cuarto dedo de la mano en gatillo como enfermedad profesional; *viii)* el 20 de octubre de 2015 sufrió un nuevo accidente laboral que compromete la región lumbar; *ix*) el 16 de julio de 2016 la ARL Colpatria fue calificada con trastornos especificados de los discos intervertebrales de la columna como enfermedad de origen común, sin tener en cuenta los dos accidentes sufridos y estudio de su puesto de trabajo; *x)* el 16 de julio de 2016 y 27 de octubre de 2017, la misma Administradora de riesgos laborales califica la epicondilitis lateral y sinovitis y tenosinovitis, como enfermedad laboral, sin dar una calificación porcentual de la pérdida de capacidad laboral; *xi)* el 21 de mayo de 2015 elevó petición a Famisanar y a la ARL Colpatria solicitándoles se realizara una calificación total de origen como porcentual de las patologías que padecía; *xii)* el 1° de septiembre de 2015,

instauró acción de tutela contra la EPS y ARL al no haber dado respuesta a su petición y el 16 de septiembre de 2015, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, amparó sus derechos fundamentales, pero el 5 de octubre de 2015, presentó impugnación (f°. 80 y siguientes del archivo 1 del expediente digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 23 de febrero de 2018 (f°. 77 archivo 1) y la misma fue admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 3 de septiembre de 2018 (f°. 194 *ibídem*).

Se notificaron personalmente, los representantes de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, ARL Sura, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., Famisanar EPS, el 1° de octubre de 2018; 10 de octubre de 2018; 13 de noviembre de 2018; 18 de marzo de 2022 respectivamente (f°. 196, 200, 348, 384 *ibídem*).

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la entidad ha obrado de buena fe y con apego a la ley, aplicando para tales efectos lo dispuesto en el Decreto 2463 de 2001, norma vigente para la fecha de la calificación y el Manual Único de Calificación de Invalidez, estipulado en el Decreto 917 de 1999. Aceptó como cierto únicamente el hecho relativo a la realización de la calificación por parte de SURA el 13 de agosto de 2014. Propuso como medios exceptivos, los que denominó buena fe de la entidad, prescripción y la genérica (folio 258 – 263 del archivo 1).

A su turno, Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A., reclamó se despachara de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, pues en su sentir, las enfermedades padecidas por la demandante no están ligadas a la labor desplegada por esta, además, por cuanto los dictámenes rendidos por la EPS Famisanar y Junta Regional de Calificación de Invalidez exponen que el origen de sus padecimientos son de origen común. De los fundamentos fácticos

relatados, aceptó como cierto que, María Ernestina laborara como operaria en un cultivo de rosas, además, que, sufrió un accidente de trabajo el 14 de marzo de 2014 y de los restantes hechos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden reducir en juicio a cargo de la demandada e inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe; pago y las demás que se encuentren probadas (folio 324-328 del archivo 1).

AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., fundó su rechazo a la prosperidad del petitum, ya que el dictamen cuestionado calificó de manera fundamentada la patología de la reclamante. Aceptó que la Junta Regional de Invalidez hubiera realizado una calificación de pérdida de capacidad laboral a la afiliada y catalogó sus padecimientos, de origen común. Como medio de defensa propuso las excepciones de dictamen de la Junta Regional de Calificación legalmente fundado; prescripción, compensación y la genérica (folio 354 – 358 del archivo 1).

EPS Famisanar S.A, se opuso a la gran mayoría de las pretensiones incoadas, al existir dictámenes de calificación que se encuentran en firme y respecto a las peticiones reclamadas a terceros, manifestó no oponerse ni pronunciarse al respecto. De los hechos, aceptó como cierta la prestación de servicio de la demandante a Flores Sagaro S.A., entre el 2 de octubre de 1989 y el 30 de julio de 2017. Como excepciones de mérito propuso las de, inexistencia de obligación a cargo de la EPS frente al pago de indemnización por pérdida de capacidad laboral inferior al 50%; falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia sobre el reconocimiento de una pensión de invalidez; cobro de lo no debido, prescripción; buena fe y la genérica (folio 426 – 430 ibídem).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha, 24 de octubre de 2022 (archivo 20).

> PRIMERO. - ABSOLVER a las demandadas JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA, SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., FAMISANAR EPS y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., de las pretensiones incoadas en su contra, respecto de la nulidad del

dictamen de octubre del año 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- DECLARAR probados parcialmente los hechos sustento de la excepción de legalidad de la calificación dada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

TERCERO. ORDENAR se le practique por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, previo pago de los costos que lleve a cabo al mismo para la práctica de este, un dictamen de pérdida de capacidad laboral de manera integrar a la aquí demandante MARIA ERNESTINA AYALA DE CASALLAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO. NO CONDENAR en costas a las partes en esta instancia procesal, liquídense por secretaria las costas y agencias en derecho, las que se señalan en cero pesos."

Para zanjar la controversia, estimó que, no era procedente declarar la nulidad del dictamen n°. 39524912 de 2014, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, pues este fue una experticia rendida conforme los elementos fácticos y jurídicos vigentes para la época de su emisión, en lo tocante al origen de las patologías señaló que eran de causa común, amén que, la parte actora, no acreditó que sus padecimientos eran producto de sus actividades labores y tampoco solicitó se decretara un nuevo dictamen, "…tampoco se puede desconocer el dictamen emitido por dicho ente y en primera medida por la ARL, posteriormente por dicho ente, de marzo del año 2015, y que se encuentra dentro del plenario, dentro de las pruebas allegadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y de Bogotá, donde se califica a la aquí demandante, con una pérdida de capacidad del 11,09% y donde es de origen laboral, lo que se pretende en la primera pretensión, de donde no haya lugar a declarar probada la excepción de inexistencia del derecho y no haya lugar a declarar la nulidad del dictamen mentado."

Respecto al otro punto objeto de reproche, el juzgador de conocimiento expuso que, "frente a este otro nivel de estudio, del problema jurídico traído a esta sede judicial, se tiene que ya se dio de calificación porcentual solicitada, como quiera que obra dentro del plenario, a folio 209, dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional, el que se señalaba previamente, del 12 de marzo de 2015, donde se determinó una pérdida de capacidad, del 11,08 de origen profesional. No obstante lo anterior, se está procurando desde el líbelo introductorio una calificación de manera integral, esto es, que se tengan en cuenta tanto las patologías o padecimientos de origen común como los padecimientos o patologías de orden laboral, para de esta manera hacer una sumatoria de los padecimientos que aquejan a la aquí a la promotora, establecer plenamente cuál es su pérdida de capacidad laboral, qué

porcentaje tiene que ver, de origen común, que porcentaje de origen laboral y de esta manera establecer las obligaciones respecto de las distintas entidades, tanto, ya sea que deban asumir las entidades, por las patologías de origen común, como las de origen laboral, de orden asistencial y prestacional. Por lo tanto, saldrá avante dicha pretensión, en el sentido de ordenarle a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, si a la fecha no lo ha realizado, practique a la aquí demandante, María Ernestina Ayala de Casallas, un dictamen de pérdida de capacidad laboral de manera integral, esto, teniendo en cuenta tanto las patologías de origen común como las de origen laboral, tal y como se quedará señalado en la parte resolutiva de esta providencia."

5. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte actora solicitó se revocara en forma parcial la sentencia, respecto al primer ordinal, al estimar que, "*téngase en cuenta que, dentro del material probatorio, se adjuntó no solamente el dictamen que por sí solo habla, sino también se adjuntó el estudio del puesto de trabajo, estudio que la misma ARL tiene en cuenta para determinar que es una enfermedad de origen laboral. Ahora bien, señores magistrados, pues, tengan en cuenta que dentro del dictamen se está calificando el origen y téngase en cuenta lo presupuestado por la ley y la jurisprudencia, cuando determinan los factores elementales que deben de tener una calificación de este tipo…";* en la calificación se debe tener en cuenta la fecha de estructuración, así como el porcentaje de dicha pérdida de capacidad laboral, para de esta manera dar manejo a la situación del trabajador. En el dictamen no se fijó un porcentaje, pero de acuerdo con el material probatorio e interrogatorio de parte de la demandante, se puede evidenciar el nexo causal entre su labor y la patología discutida.

A su turno, el apoderado de AXA Colpatria, centra su inconformidad respecto al orden tercero que ordenó la realización de un examen integral a la actora, pues, los dictámenes emitidos por las Juntas Médicas no fueron tachados, ni se encuentran desvirtuados, por lo que, en su sentir, la oportunidad para controvertirlos ya feneció, debiendo absolverse a las demandadas de este pedimento.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la promotora litigiosa solicita se reconozcan las sanciones reclamadas en la alzada.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe a los siguientes aspectos, *i)* se cuentan con elementos probatorios suficientes para declarar la nulidad del dictamen n°. 39524912 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; *ii)* es viable revocar la orden dada a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, respecto a la práctica de una nueva experticia, en la que se tengan en cuenta la totalidad de las patologías – tanto las de origen común como las de origen laboral— padecidas por la ex trabajadora.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar las inconformidades plateadas por las partes al sustentar su recurso de apelación.

El *quitz* del asunto radica en determinar el origen de la enfermedad y padecimiento de la demandante, quien sostiene que es laboral, mientras que la Junta Regional de Calificación de Invalidez señaló que es común y por ello la promotora del litigio busca la nulidad del dictamen n° 39524912 emitido por este último organismo.

Resulta pertinente recordar, que lo determinado por las Juntas de Calificación de Invalidez en cuanto al origen del accidente o infortunio, no es definitivo, y por ende, esa calificación es perfectamente viable revisarla por la justicia ordinaria del trabajo, ya que tratándose «del accidente de trabajo lo que invariablemente obliga del dictamen es la determinación de la minusvalía del afiliado, pero no siempre la calificación del infortunio como accidente de trabajo, pues frente al acontecer irrebatible de que aparezcan en el proceso pruebas irrefutables que desvirtúen el origen de la incapacidad o la muerte del asegurado, no pueden los jueces desconocer la función … de juzgar las vicisitudes que acontezcan en el desarrollo de la relación laboral» (Sentencia CSJ SL, 29 jun. 2005 rad. 24392 y SL 11970-2017), y por ello para esclarecer dicho origen, se deberá valorar todos los medios de convicción que sirvan para definir este puntual aspecto.

Igualmente, cumple precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral ha explicado de manera reiterada que los

dictámenes de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, no son pruebas solemnes, "de modo que pueden ser controvertidas ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por aquellas" (sentencia SL1044-2019, con radicación 68074 del 20 de marzo de 2019). También explicó que es el juez del trabajo el idóneo para establecer no solo la invalidez del reclamante, sino, también el origen de la enfermedad o accidente, así como la fecha de estructuración y su porcentaje de pérdida de capacidad laboral (sentencia SL3992-2019, SL2349-2021).

Lo precedente, concuerda con lo establecido en el entonces vigente artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, toda vez que en dicho precepto se contemplaba que «las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente».

Así las cosas, las partes pueden discutir el contenido de los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral; incluso, dentro del proceso, el juez puede ordenar una nueva valoración para decidir conforme a la sana crítica, sobre la pretensión solicitada.

De igual modo, las decisiones que adopten las juntas no son vinculantes para el funcionario judicial. Al definir un asunto en el que se contrapongan diferentes conceptos científicos sobre el estado de salud de una persona, puede soportar su providencia en el que le otorgue mayor credibilidad y poder de convicción.

Adicional a lo anterior, se hace preciso recordar que la definición de enfermedad profesional fue establecida en la Ley 1562 de 2012, norma vigente al momento de la calificación de la actora, (25 de septiembre de 2014) en cuyo artículo 4 establecía: "Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes".

En este marco jurídico fue expedido el Decreto 2566 de 2009, el cual fue modificado por el Decreto 1477 del 5 de agosto de 2014, "Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades Profesionales", en el que se enlista, entre una de las enfermedades padecidas por la promotora de la litis denominadas "manguito rotador bilateral", es dable debatir ante la jurisdicción laboral si se presenta la relación de causalidad de la enfermedad con los factores de riesgo, a fin de determinar, como se pretende en este asunto, si se trata de patologías de origen laboral.

En efecto, para el análisis probatorio del origen de las enfermedades es menester acudir a los parámetros previstos en el artículo 3 del Decreto 2566 de 2009, que establece que para la determinación de la relación de causalidad se deberá identificar: "1. La presencia de un factor de riesgo causal ocupacional en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador. 2. La presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente relacionada causalmente con ese factor de riesgo. No hay relación de causa-efecto entre factores de riesgo en el sitio de trabajo y enfermedad diagnosticada, cuando se determine: a. Que en el examen médico pre-ocupacional practicado por la empresa se detectó y registró el diagnóstico de la enfermedad en cuestión. b. La demostración mediante mediciones ambientales o evaluaciones de indicadores biológicos específicos, que la exposición fue insuficiente para causar la enfermedad".

Una vez precisado lo anterior, se adentra este Colegiado en el análisis probatorio a fin de verificar si en el sub examine se configuran los presupuestos para revocar en cuanto al origen el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 25 de septiembre de 2014.

Como pruebas documentales se allegaron las siguientes:

Copia del concepto emitido por Famisanar EPS el 10 de febrero de 2014 (folio 332 del archivo 1 del expediente digital), que determinó el origen de la enfermedad como común. Del contenido del mismo, se observa que se tuvo en cuenta para fundar su decisión, estudio del puesto de trabajo, examen paraclínico, periódicos ocupacionales. Y en el acápite de análisis del caso, expuso:

> "Del análisis de puesto de trabajo se concluye que las tareas realizadas conllevan alta carga física centra en miembros superiores, flexoextensión de hombro con aducción y abducción y componente rotacional de la articulación, algunas de ellas

> realizadas fuera de los ángulos de confort para hombro, sin descripción de manipulación de cargas.
>
> Los paraclínicas son confirmatorios de la presencia de síndrome de manguito rotador bilateral; sin embargo, también se hace referencia a la presencia de acromion tipo II y cambios tipo artrosis de la articulación acromioclavicular; términos que hacen alusión a enfermedades en las cuales su origen es multifactorial como pueden ser el tipo de alimentación, el peso, la edad e incluso alteraciones genéticas; estos cambios en la articulación por sí mismos propician el pinzamiento de los tendones y cuadros inflamatorios locales y no pueden atribuirse a las tareas desempeñadas en su trabajo como causa indiscutible; razón por la que se determina que el síndrome de manguito rotador bilateral es de origen común"

Y en la comunicación dirigida a la actora, la EPS Famisanar (f.° 342 archivo 1) en los fundamentos de hecho le informa el sustento de su decisión así:

> "La valoración de Medicina Laboral por cuenta de la EPS tiene como fin establecer el origen una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. O las que el Gobierno Nacional, considere como laborales. La EPS cuenta con profesionales experimentados en medicina laboral para demostrar la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales con base en medicina de la evidencia y soportado con las Guías De Atención Integral De Salud Ocupacional (GATISO), correlacionada con el contenido de la resolución 2400 de 1979 art. 390-392. Por lo que el pasado 25 de Marzo de 2014 el equipo interdisciplinario calificó sus enfermedades **SÍNDROME MANGUITO ROTADOR BILATERAL**, de Origen Común . Teniendo en cuenta los siguientes documentos: Historia clínica, Análisis de puesto de trabao realizado por la ARL Positiva , certificado de cargos y funciones, exámenes para clínicos, certificado de cargos y funciones, con base en lo anterior se produce dictamen de origen Común.
>
> Así las cosas y en atención a lo establecido en el decreto ley 019 de 2012 Art. 142, al manifestar usted la inconformidad se procede a enviar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el expediente, se informar al fondo de penciones para el pago de los correspondientes honorarios a la Junta." (sic).

Además, se registró, en la valoración que el 8 de marzo de 2013, se había emitido concepto de salud ocupacional, y en este se había dejado sentado que la actora presentaba un "SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO", siendo este, el motivo de calificación de la trabajadora. Concluyendo el análisis del caso en que "Del análisis de puesto de trabajo se concluye que las tareas realizadas conllevan alta carga física centra (sic) en miembros superiores, flexoextensión de hombro con aducción y abducción y componente rotacional de la articulación, algunas de ellas realizadas fuera de los ángulos de confort para hombro, sin descripción de manipulación de cargas", agregándose

en la valoración que "Los paraclínicos son confirmatorios de la presencia de síndrome de manguito rotador bilateral; sin embargo, también se hace referencia a la presencia de acromion tipo II y cambios tipo artrosis de la articulación acromioclavicular; términos que hacen alusión a enfermedades en las cuales su origen es multifactorial como pueden ser el tipo de alimentación, el peso, la edad e incluso alteraciones genéticas; estos cambios en la articulación por sí mismos propician el pinzamiento de los tendones y cuadros inflamatorios locales ***y no pueden atribuirse a las tareas desempeñadas en su trabajo como causa indiscutible; razón por la que se determina que el síndrome de manguito rotador bilateral es de origen común***".

Fue así como, en su oportunidad la empresa promotora de salud se itera, calificó el origen de los padecimientos en los miembros superiores de la actora, como, "comunes" e hizo recomendaciones, para que fueran acatadas en el término de 6 meses, concediendo a las partes, la oportunidad, para que, expusieran su inconformidad respecto mismo, y, a pesar de no haberse acopiado al cartulario, el escrito presentado por la recurrente, Famisanar S.A., con oficio No. 750-DES del 5 de mayo de 2014, dio respuesta al requerimiento efectuado por María Ernestina, en el que exponía que, no se encontraba de acuerdo "con la calificación de origen emitida por EPS Famisanar", ordenándose de manera consecuencial, la remisión de las diligencias a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que se dirimiera la controversia planteada (folio 342 del archivo 01).

Aprendido el conocimiento por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, el 25 de septiembre de 2014, emite el dictamen n° 39524912, en el que, en primer lugar, señala como "DIAGNÓSTICO MOTIVO DE CALIFICACIÓN", el "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO" (folio 28 del archivo 1 del expediente digital), reiterándose en la ponencia que, "Paciente remitido por FAMISANAR EPS para resolver controversia en el origen del diagnóstico Síndrome de manguito rotador bilateral, calificado por EPS como enfermedad común, calificación con la que no está de acuerdo el afiliado", exponiéndose como fundamentos de su decisión que;

> "Paciente de 54 años de edad con cuadro clínico que inicia en el 2009, de acuerdo a lo registrado en historia clínica consistente en dolor en hombro izquierdo y desde el 2013 en el hombro derecho de características mecánicas. RM de hombro izquierdo de junio de 2010, muestra artrosis acomioclavicular con pinzamiento subacromial, tendinopatía del supraespinoso y subescapular con ruptura. RM de hombro derecho de septiembre de 2013 muestra acomion tipo II, artrosis acromioclavicular y glenohumeral, tendinopatía del supraespinoso y subescapular con ruptura. Recibió manejo con terapia física y analgésicos e infiltraciones con parcial respuesta sintomática.
> Se revisa APT elaborado por ARL Sura al cargo de operaria de cultivo, labor que ha desempeñado desde 1989. Se encuentra que las tareas que realiza generan riesgo

ergonómico sobre hombros, dado por posturas por fuera de ángulos de confort, que no son mantenidas ni prolongadas, asociado a movimientos repetitivos, sin otro factor de riesgo asociado. Adicionalmente, la paciente cursa con proceso artrósico glenohumeral y acromioclavicular, alteraciones degenerativas que no se relacionan con la actividad laboral y predisponen la presencia de lesiones en el manguito rotador bilateral. Por lo cual, no se establece fuerte nexo causal entre la labor y la patología de hombros.

Se califica el síndrome de manguito rotador bilateral de origen enfermedad común"

Igualmente, en el dictamen referido y que es objeto de nulidad, se destaca que se tuvo en cuenta la historia clínica y el estudio del puesto de trabajo, al precisarse en el acápite "análisis del caso":

"Del análisis de puesto de trabajo se concluye que las tareas realizadas conllevan alta carga fisica centra en miembros superiores, flexoextensión de hombro con aducción y abducción y componente rotacional de la articulación, algunas de ellas realizadas fuera de los ángulos de confort para hombro, sin descripción de manipulación de cargas.
Los paraclínicos son confirmatorios de la presencia de síndrome de manguito rotador bilateral; sin embargo, también se hace referencia a la presencia de acromion tipo II y cambios tipo artrosis de la articulación acromioclavicular; términos que hacen alusión a enfermedades en las cuales su origen es multifactorial como pueden ser el tipo de alimentación, el peso, la edad e incluso alteraciones genéricas; estos cambios en la articulación por sí mismos propician el pinzamiento de los tendones y cuadros inflamatorios locales y no pueden atribuirse a las tareas desempeñadas en su trabajo como causa indiscutible; razón por la que se determina que el síndrome de manguito rotador bilateral es de origen común"

Por otro lado, no se pasa inadvertido, que la, entonces, ARP Liberty, el 17 de octubre de 2008 concluyó que los padecimientos médicos de María Ernestina, tales como "síndrome de túnel del carpo bilateral" y el "cuarto dedo en gatillo mano derecha", eran enfermedades de origen profesional, estructurando las enfermedades a partir de noviembre de 2006 (folio 288 del archivo 1).

"CONCEPTO:

Revisada y analizada la Historia clínica, el reporte de enfermedad profesional, el análisis de puesto de trabajo, las certificaciones laborales de la empresa, las pruebas de laboratorio se concluye que:

Existe evidencia clínica y para clínica de la existencia de, síndrome de túnel carpiano (STC) bilateral, y cuarto dedo en gatillo mano derecha, que se constituyen en objeto de la presente calificación por solicitud de la EPS.
Se evaluaron los resultados de laboratorio enviados por la EPS y los solicitados por la ARP, descartando patología de tipo reumático y s encuentra hipotiroidismo

que aparece dos años después del diagnóstico de STC por lo que no se considera causa directa sino coadyuvante en el origen delas patologías objeto de la calificación.
El análisis de puesto de trabajo cuantitativo muestra carga física para miembros superiores con predominio derecho dada su dominacia en dedos muñeca y antebrazo por encima de los valores de referencia de acuerdo con el método ANSI
Se considera que el factor de riesgo es suficiente para generar la enfermedad objeto de calificación.

DIAGNOSTICO:

- SINDROME DE TUNEL DEL CARPO BILATERAL
- CUATO DEDO EN GATILLO MANO DERECHA,

ORIGEN

- ENERMEDADES DE ORIGEN PROFESIONAL

FECHA DE DIAGNÓSTICO:

- NOVIEMBRE DE 2006"

Posteriormente, para el 14 de marzo de 2014, María Ernestina sufre otro accidente de trabajo, el cual es reportado por su empleador a la ARL Sura, quien exhibe el dictamen No. 259835 el 13 de agosto de 2014, por un "trauma hombro izquierdo sin secuelas por el AT", dándole un 0% de Pérdida de Capacidad Laboral, de origen profesional, sin que obre prueba alguna, que acredite que la trabajadora se encontrara insatisfecha con la decisión adoptada, y tampoco se hizo oposición a dicha calificación (folio 24-27 Y 329 del archivo 1).

Parra arribar a tal conclusión, ARL Sura, realizó un estudio a los exámenes; paraclínicos y "otros", sin que, de la experticia emitida, se puedan extraer los fundamentos de hecho y de derecho tenidos en cuenta para emitir tal concepto (origen profesional) y aún, cuando se reprocha el no valorarse o tenerse en cuenta el estudio realizado al puesto de trabajo de la ex trabajadora, pues en sentir de la apelante, este fue eje central para que la entidad de riesgos, emitiera tal conclusión, tal prueba no fue arrimada al trámite litigioso y en tal sentido, no es posible, dar la razón en este punto a la recurrente.

El 2 junio de 2014, tiene otro accidente laboral y nuevamente el empleador reporta la novedad a la administradora de riesgos, a la cual se encontraba afiliada para la época, que era, AXA Colpatria, fijando por Pérdida de Capacidad

Laboral, un total del 9,03%, origen laboral, fecha de estructuración 26 de noviembre de 2014. (f° 271 ibídem). Y el 28 de enero de 2015, se solicitó a la Junta Regional de Calificación hiciera estudio del caso, teniendo en cuenta que existía "controversia calificación de pérdida de capacidad laboral", por parte de la calificada (folio 271, 273 del archivo 1). La Junta Regional emite experticia N°. 73990 el 12 de marzo de 2015 y modifica el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, estableciendo el mismo en un 11,08%, por los padecimientos profesionales y como fecha de estructuración, selló que fue el 4 de marzo de 2015, contra el cual no se presentó ninguna inconformidad, dejando incólume el origen del accidente. (f.° 312 ibidem). De acuerdo a la certificación emitida por el Director Administrativo de la entidad, "Se advierte que el dictamen no fue impugnado por ninguno de los interesados, motivo por el cual se encuentra en firme el mismo, de conformidad con lo establecido al Artículo 45 del decreto 1352 de 2013" (folio 322 del archivo 1).

Así, del estudio conjunto de las pruebas allegadas al proceso (art. 61 del CPT y SS), concluye la Sala que la demandante no adujo como sustento de sus pretensiones, y menos aún logró demostrar, un error de tal magnitud que definitivamente lleven al convencimiento de que se ha cometido un yerro inexcusable, que imponga revocar el origen del padecimiento médico establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el dictamen adiado 25 de septiembre de 2014. Y es que, correspondía a la parte accionante, no sólo señalar, sino también demostrar las razones por las cuales debe considerarse que la afectación en el manguito rotador bilateral, que en efecto padece la actora sea producto de su exposición a los factores de riesgo de su entorno laboral, cuando precisamente tanto el dictamen de la EPS FAMISANAR y de la Junta Regional de Calificación se explica porque la enfermedad que padece no puede ser catalogada como de origen laboral, pues para el referido ente de seguridad social, *"la paciente cursa con proceso artrósico glenohumeral y acromioclavicular, alteraciones degenerativas que no se relacionan con la actividad laboral y predisponen la presencia de lesiones en el manguito rotador bilateral. Por lo cual, no se establece fuerte nexo causal entre la labor y la patología de hombros"*

Por otro lado, el dictamen de AXA Colpatria, es posterior al de la Junta Regional de calificación de Invalidez, y se diagnostica además otras enfermedades, por lo que no puede servir de sustento para el tenido en cuenta por el primer organismo.

Al no tenerse certeza del nexo causal que pudiera existir, entre las labores desplegadas como operaria del cultivo de rosas y la afección en el manguito rotador, es que, no puede modificarse el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. El sólo dictamen de la ARL SURA que determinó el origen como laboral, no resulta suficiente pues en él no se avizora los fundamentos de hecho y de derecho tenidos en cuenta para concluir que el origen es profesional. Por el contrario, el rendido por la EPS Famisanar y la Junta Regional de calificación de Invalidez está completo, con las conclusiones fundadas en exámenes clínicos, análisis del puesto de trabajo, estudios ocupacionales, conforme lo exige el artículo 30 del Decreto 1352 de 2013, tales como evaluaciones medicas ocupacionales, definición de los factores de riesgo.

Lo que quedó demostrado es la existencia de un criterio homogéneo y conjunto de médicos especialistas, que establecieron el origen común de las patologías "manguito rotador bilateral", basándose para tal efecto en la historia clínica de María Ernestina Ayala de Casallas y en los análisis realizados a su puesto de trabajo, en los que no se evidenciaron, se resalta, relación de causalidad entre las patologías padecidas por la accionante y la labor desempeñada al servicio de su empleador.

Recuérdese que la Junta Regional de Calificación de Invalidez es la entidad autorizada legalmente para determinar el estado de invalidez de una persona, según lo dispone el artículo 41 de la Ley 100 de 1993; y si bien las decisiones por ella adoptadas pueden ser controvertidas ante el juez del trabajo, ello no exime a la reclamante de la carga de indicar y demostrar los yerros endilgados al dictamen expedido, de conformidad con el artículo 167 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPTSS. Y en caso de no cumplir con esta carga procesal, la parte accionante ha de correr con las consecuencias negativas por su inactividad o negligencia, que no es otra que no acceder al derecho reclamado. Razón por la cual se confirmará la decisión apelada en este aspecto.

En el recurso de alzada, la apelante muestra su inconformidad con el porcentaje de PCL, sin embargo, al revisar las pretensiones de la demanda estas van dirigidas a atacar la nulidad del pluricitado dictamen sólo con relación al origen de la enfermedad, más no otros aspectos como es la PCL, por lo que no sería el estadio para controvertirlo, esto constituiría una transgresión del principio de congruencia, que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo, de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido alegadas si la ley así lo exige (artículo 281 del CGP), vulnerándose de esta manera el derecho de defensa de los demandados y sin que dicha falencia pueda ser suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque, para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deban ser discutidos y probados dentro del proceso (sentencia SL3443 de 2021, SL440 de 2021 y SL2172 de 2022). Es más ello tampoco fue objeto de inconformidad en el recurso presentado ante la EPS Famisanar, y por ello, no fue objeto de estudio por parte de la Junta Regional.

De la valoración integral.

Respecto a este punto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1352 de 2013, que la define como:

> "2. Principio de Integralidad. El Manual acoge el principio general de "integralidad" como soporte de la metodología que se expondrá en adelante para calificar las deficiencias en la capacidad laboral u ocupacional. La integralidad es referida al Modelo de la Ocupación Humana que describe al ser humano desde tres componentes interrelacionados: volición, habituación y capacidad de ejecución; estos tres aspectos tienen en cuenta los componentes biológico, psíquico y social de las personas y permiten establecer y evaluar la manera como se relacionan con su ambiente.
>
> La calificación integral de la invalidez, es decir del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral, procede conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-425 de 2005 de la Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial; que dispone que las entidades competentes deberán hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole laboral."

A su turno, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1987-2019, expuso en este aspecto que:

> "…Se resalta que el legislador en el diseño del Sistema Integral de Seguridad Social -en el que confluyen los subsistemas de salud, pensiones y riegos laborales-, en tratándose del S. General de Pensiones – amparo de siniestros de origen común y el

> S. de Riesgos Laborales -cobertura de contingencias con ocasión al trabajo- **no contempló la concurrencia** de dichos orígenes razón por la cual no existe la posibilidad de asunción las prestaciones que en ellos se generen a prorrata del origen.
>
> Ahora bien, dicha circunstancia en nada puede afectar la valoración del estado de pérdida de capacidad laboral de un trabajador, situación que se generaba **en materia de riesgos laborales**, **al excluir las patologías o secuelas anteriores,** lo cual, como se explicó, lo solucionó de tajo la sentencia CC C 425/05, con lo que, no existe duda de que para la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona, **su valoración debe ser integral** y corresponderá al equipo calificador competente determinar, entre otros, el origen con base en la regulación técnica y de ello se desprende el subsistema que debe asumir la prestación respectiva. ”

Luego entonces, lo planteado por AXA Colpatria, en el sentido que los dictámenes en firme impiden que se realice una valoración integral al demandante, no se encuentran en consonancia con las disposiciones legales arriba señaladas, por lo que, en este punto, no erró el juez de conocimiento en ordenar la realización de una nueva experticia a la ex trabajadora, con el fin de que se realice una valoración, en el que se incluyan todas las patologías por ella padecidas, sean e origen laboral o común y, de esta manera estructurar el grado de pérdida de capacidad laboral, y la entidad responsable de asumir la prestación económica.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada la improsperidad de los recursos de alzada impetrados.

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

R E S U E L V E

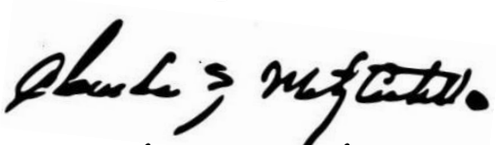
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y proferida el 24 de octubre de 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., pero conforme a los argumentos esgrimidos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

Notifiquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105011 2018 00105 01. Demandante: María Ernestina Ayala de Casallas. Demandado: Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., EPS Famisanar y Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105006 2020 00113 01**
Demandante: **Alba Lucía Arenas Salazar**
Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada Gina Paola Bustos Piragua identificada con C.C. No. 1.110.519.761 de Ibagué y portadora de la T.P. No. 283.476 expedida por el C. S. de la Judicatura, como apoderada sustituta de Colpensiones (carpeta de segunda instancia, sub carpeta 3, archivo 1).

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Alba Lucía Arenas Salazar, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones- para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en condición de cónyuge de Héctor Alfonso Castro Rojas. Consecuencialmente reclama se condene a la entidad al reconocimiento de las

mesadas a partir del 16 de noviembre de 2018 y hasta la fecha en que se reconozca la pensión, indexación, gastos funerarios, costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de sus pretensiones indicó que: *i)* inició una convivencia con Héctor Alfonso Castro Rojas, desde el año de 1972 y procreó 3 hijos, Héctor Ferney, Jorge Alexander y Diana Milena, los cuales, nacieron, en 1975, 1978 y 1982, respectivamente; *ii)* contrajo nupcias con el fallecido el 24 de junio de 1989; *iii)* se dedicó al hogar durante toda su vida; *iv)* su pareja compró un inmueble en esta ciudad y quedó sentado en el documento público que tenía sociedad conyugal vigente; *v)* el ISS a través de Resolución n° 8672 del 14 de noviembre de 1989 le reconoció la prestación económica a partir del 1 de agosto de 1989; *vi)* el 15 de noviembre de 2018, fallece su cónyuge en el Municipio de Quetame, pero las honras fúnebres se celebraron en Bogotá; *vii)* la demandada mediante acto administrativo n° SUB 31172 del 1° de febrero de 2019, negó el reconocimiento de la pretensión deprecada al estimar que no se cumplía con el requisito de convivencia; *viii)* padece de hipertensión esencial, le realizaron intervención quirúrgica por colecistectomía y padece de linfoma no hodgkin y radiculopatía lumbar; suspendió el tratamiento médico, debido a que fue desafiliada del sistema de seguridad social en salud. (f°. 4 del archivo 1 del expediente digital).

3. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 23 de febrero de 2018 (f°. 77 archivo 1) y la misma fue admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 3 de septiembre de 2018 (f°. 194 ibídem).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al estimar que, no se acreditó la vida marital entre la pareja hasta el momento de su muerte y no menos de cinco años continuos con anterioridad a su deceso. En cuanto a los hechos aceptó, el matrimonio entre la actora y el causante, la

calidad de pensionado del *de cujus*. En cuanto a los restantes fundamentos, señaló que no le constaban o eran parcialmente ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción, buena fe y la innominada (archivo 7 del expediente digital).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha, 15 de diciembre de 2022 (archivo 18).

> "CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de la señora Alba Lucia Arenas Salazar a partir del día 16 de agosto de 2018, en la cuantía que venía percibiendo el fallecido antes citado, al momento de su muerte, junto con los aumentos legales, las mesadas adicionales y los intereses moratorios regulados por la Ley 100 de 1993, artículo 141 a partir del vencimiento del término de gracia de dos meses, contado a partir de la reclamación de la pensión, en diciembre 14 de 2018, mes a mes, hasta cuando se produzca el pago de la obligación. La excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Costas a cargo de la parte demandada vencida en el proceso. Se fija la suma de $3.800.000, por concepto de agencias en derecho."

Cimentó la decisión en que, conforme a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, la demandante acreditaba el requisito de convivencia, con las declaraciones extra proceso acopiadas al trámite litigioso y la prueba testimonial recaudada en el devenir procesal, que a pesar de que el pensionado se trasladó al Municipio de Quetame, seis meses antes de su deceso, sin la compañía de la señora Arenas Salazar, esto obedeció al estado de salud de ambos cónyuges, por lo que, no se podía desconocer la vida en pareja, por espacio de 23 años, es decir, por un espacio superior a los 5 años, en cualquier interregno de tiempo.

Se aclaró la sentencia, en el sentido de "la sustitución pensional a favor de la demandante, Alba Lucía Arenas Salazar, es efectiva a partir del día 16 de noviembre de 2018, día siguiente al fallecimiento del causante."

5. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo,* Colpensiones interpone recurso de alzada arguyendo que, no se encuentran acreditados los requisitos legales para el reconocimiento pensional, dado que la pareja no convivió durante los últimos cinco años, de vida del pensionado; de acuerdo con la investigación administrativa, prueba testimonial e interrogatorio recaudada, se podía colegir que Héctor Alfonso se trasladó su domicilio a Quetame, donde no conocían a la cónyuge de este.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicita se confirme la sentencia, al estimar que Colpensiones no allegó al cartulario el trámite administrativo por ella adelantado y en el decurso procesal se acreditó la convivencia de la pareja por espacio superior a los 23 años.

A su turno, Colpensiones, reitera los argumentos expuestos al momento de sustentar la alzada.

7. PROBLEMA JURIDICO

La Sala entrara a estudiar si la señora Alba Lucía Arenas Salazar en calidad de cónyuge supérstite del pensionado fallecido Héctor Alfonso Castro Rojas, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandada, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas.

En el presente asunto no está en discusión que: *i)* mediante Resolución No. 8672 del 14 de noviembre de 1989, el extinto Instituto de Seguros Sociales, le reconoció a Héctor Alfonso Castro Rojas, pensión de vejez, a partir del 1° de agosto de 1989, según se colige de lo expuesto en el acto administrativo SUB 31172 del 1° de febrero de 2019 (84 del archivo 1 del expediente digital); *ii)* Héctor Alfonso Castro Rojas

y Alba Lucía Arenas Salazar contrajeron matrimonio el 24 de junio de 1989; sin que aparezca nota marginal que afecte la vigencia del vínculo matrimonial (fº. 18 del archivo 1 del expediente digital) *iii)* Castro Rojas falleció el 15 de noviembre de 2018, (fl. 16 del archivo 1 del expediente digital); *iv)* Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, contra la cual se interpuso recurso de apelación y fue resuelto de forma desfavorable a la demandante (Resolución No. DPE 2086 del 25 de abril de 2019, folio 92 del archivo 1).

El tema objeto de debate, se centra en determinar cómo se expuso si la señora Alba Lucía Arenas Salazar cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento del señor Héctor Alfonso Castro Rojas.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 15 de noviembre de 2018, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

> "**Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
> a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;
>
> b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).
>
> Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. […]"

Así, al establecer los límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece,

ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De conformidad con la norma atrás citada, para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditaren más de 30 años y haber convivido con el pensionado durante por lo menos 5 años anteriores a su muerte.

Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor Héctor Alfonso Castro Rojas, la reclamante acreditaba más de 30 años de edad, pues, nació el 12 de julio de 1952 (fl. 89 del archivo 1 del expediente digital); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la referida señora.

Colpensiones en el acto administrativo n° SUB 31172 del 1° de febrero de 2019 negó la pensión de sobrevivientes al concluir que (fº. 64 del archivo 1):

> "…**NO SE ACREDITÓ** el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **Alba Lucia Arenas Salazar**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.
>
> Se estableció que el señor Héctor Alfonso Castro Rojas y a la señora Alba Lucía Arenas Salazar, convivieron desde el año 1972 pero sólo hasta 1995 fecha en que el causante se traslada a Quetame – Cundinamarca a vivir con el señor Eduardo Santos Ramírez Clavijo quien es familiar y .
>
> - En las respectivas labores de campo en las diferentes residencias en donde vivió el causante se logró determinar que la señora Alba Lucia arenas (sic) Salazar no convivió los últimos 10 años de vida del causante.
> - Esta información fue corroborada por sus familiares y las respectivas labores de campo quienes tuvieron que ser ubicados por medio de los vecinos ya que la solicitante no aportó (sic) ningún número"

Fueron aportadas las declaraciones extra proceso suscritas por los hijos del de cujus, Héctor Ferney, Jorge Alexander y Diana Marcela Castro Arenas, el 20 de

febrero de 2019 ante los notarios 7°, 53 y 49 del Círculo de Bogotá, respectivamente, en las que hacen constar que sus padres vivieron como pareja, por espacio de 43 años, debido al vínculo matrimonial que los ataba, no realizando liquidación de sociedad conyugal, ni se divorciaron. (fº. 35-40 ibídem)

Como testigos comparecieron: **María Ema Larrota Lagos, María Ana Rosa Vanegas y Héctor Ferney Castro Arenas**. La primera fue amiga de la pareja por más de 20 años y cuando él presentó quebrantos de salud, la actora se encargó de su cuidado, sin embargo, debido a los dolores que Alba presentaba en su brazo, no podía hacer fuerza, por lo que, ella iba y le colaboraba entre 2 y 3 días a la semana, levantándolo y cambiándole el pañal; por eso, sabe que, las hermanas de don Héctor Alonso se lo llevaron para Quetame, doliéndole a su amiga esa decisión, pero ello ocurrió, cinco meses antes de su deceso, con el fin que el clima le ayudara un poco, por los problemas de salud, que presentaba; por otro lado, Alba le compraba los pañales para llevárselos o enviárselos a él, precisando que ella misma la acompañaba a realizar esa diligencia. La segunda, **María Ana Rosa Vanegas,** señaló conocer a Alba Arenas, hace 25 años, porque vive frente a la casa de ella, pasaba ocasionalmente a su residencia y hablaban, conociendo al fallecido, como el esposo de la actora. Cuando la visitaba, él siempre estaba en el hogar, compartiendo el mismo techo y a pesar de que tenían disgustos, siempre se veían los dos unidos; quienes estaban pendiente del cuidado de don Héctor Alfonso, era su esposa e hijos y cuando ella, no lo pudo seguir cuidando, por los problemas de salud que tenía "la señora Alba estaba muy enferma de los brazos, ella estaba muy enferma, no lo podía lidiar bien, ella sufre de unas cosas que le salieron en el cuello, en los brazos, de la tensión alta, de muchas enfermedades", se lo llevaron de la casa y no lo volvió a ver, ocurriendo ello, por espacio de seis meses, más o menos, sin embargo, Alba Arenas estaba pendiente de la compra de los pañales, para enviarle a su cónyuge y en dicho interregno de tiempo vivió con sus hijos. El tercero, hijo de la pareja, informó que, sus papas siempre vivieron juntos, el encargado económicamente del hogar era su padre y su mamá, se dedicó a las labores del hogar; en marzo de 2018, su progenitora, accedió a trasladar a Héctor Alfonso a Quetame, por sugerencia de unas tías, dado el estado de salud de este y por cuanto conocían a Eduardo – familiar, primo, que tenía experiencia en el cuidado a adultos mayores, agregando, que otro punto, a considerar fue también los quebrantos que presentaba Alba, de hipertensión y estaba en valoraciones debido a ganglios que tenía en su cuello y axilas, arrojando la biopsia que, era cáncer, y esto hacía que

las visitas fueran ocasionales y cada vez que podían, dada, también, las obligaciones laborales de él y de sus hermanos. Agregando a su exposición que su papá, hasta los 85 años, estuvo bien de salud, pero empezó con demencia senil, y a los dos años siguientes, no controlaba los esfínteres y lo obligaban a usar pañal.

Por otro lado, fueron allegados unos carnés expedidos por el Instituto de Seguros Sociales en su momento, en los que se evidencia que Arenas Salazar se encontraba afiliada al sistema de salud como beneficiaria de Castro Rojas desde el 1° de enero de 1994.

A pesar de alegarse en la alzada que, de acuerdo a la investigación administrativa adelantada por la entidad, se había negado el reconocimiento pensional, tal documentación no fue adosada al expediente digital remitido a esta Colegiatura.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, concluye la Sala que la demandante sí demostró la convivencia con la causante de manera continua durante por lo menos 5 años anteriores al fallecimiento, como acertadamente lo concluyó la juez de primera instancia. En efecto, las testigos fueron coincidentes al manifestar que la pareja convivió desde el día del matrimonio hasta el momento deceso. También está acreditado que, debido a los padecimientos médicos que sufría Alba Lucía, ya no le era posible seguir cuidando a su cónyuge, quien, de acuerdo a lo dicho por su María Ema Larrota Lagos, María Ana Rosa Vanegas y Héctor Ferney Castro Arenas, exposiciones que coinciden con la información registrada en la historia clínica de la actora (f. 62 y 72 del archivo 1). Dando fuerza, también, que la señora María Ema y el hijo de la accionante, informaron que Héctor presentaba inconvenientes urinarios, que lo obligaban a utilizar pañal; además, que, debido al diagnóstico de Alba, ella no podía viajar constantemente, sin que en manera alguna pueda derivarse de esta circunstancia una ruptura del lazo afectivo que unió a la pareja. Lo que sí está probado es que pese al estado de salud también de la demandante, esta estaba pendiente de las necesidades de su compañero de vida, no verificándose en el plenario una dejación definitiva de la comunidad de vida de la pareja.

La convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos y en el presente caso, tales situaciones se encuentran plenamente acreditadas, con lo expuesto por las testigos citadas al trámite procesal y el mismo hijo de la actora, sino con la prueba documental (historia clínica) adosada al expediente.

Al efecto la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral, mediante sentencia SL 255-2020 que memora la sentencia CSJ SL10708-2017, CSJ SL, 8 oct. 2008, rad. 33912, CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 39316, y CSJ SL, 28 de oct. 2009, rad. 34899; donde se dijo:

> (…) la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos etc. Entre otras sentencias que se han ocupado del tema, se encuentran las del 5 de abril, 10 de mayo y 25 de octubre de 2004 radicados 22560, 24455 y 24235, en su orden, la del 10 de marzo de 2006 radicación 26710, y más recientemente la del 22 de julio de 2008 radicado 31921; en esta última se dijo:
>
> Es cierto, como se afirma en el cargo, que al precisar el concepto de convivencia o de vida marital, para efectos de determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado o del pensionado fallecido, esta Sala de la Corte ha proclamado que esa convivencia no desaparece cuando los esposos o compañeros permanentes no pueden vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares originadas en el trabajo, la salud, la fuerza mayor, etc, que no impidan ni signifiquen la pérdida de la comunidad de vida ni la vocación de la vida en común, pues lo que interesa para que esa convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, característicos de la vida en pareja**.**

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este punto, no pudiendo pasarse por inadvertido que, la abogada de la demandante, informó vía correo electrónico, que su representada, Alba Lucía Arenas Salazar, había fallecido el 16 de enero de 2023, y para acreditar tal situación, arribó al cartulario, el correspondiente registro civil de defunción, resultando necesario, establecer que el reconocimiento pensional se deberá efectuar por parte de Colpensiones, entre el 16 de noviembre de 2018 y el 16 de enero de 2023 (archivo 5 de la carpeta 2 del expediente digital).

INTERESES MORATORIOS

En primera instancia Colpensiones fue condenada al pago de los intereses moratorios, razón por la cual este punto se analizará en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Al respecto, cumple recordar que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

> "A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago."

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que "El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales" y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP). Por tanto, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que la promotora de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

Así, como la actora reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 14 de diciembre de 2018, según se puede colegir de lo expuesto en la Resolución SUB 31172 del 1 de febrero de 2019 (folio 84 del archivo 1 del expediente digital), debiendo aclararse que sólo se podrá hablar de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del **15 de febrero de 2019**, esto es, vencidos los dos meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 1º de la ley 717 de 2001; fecha a partir de la cual se encuentra en mora de reconocer y pagar la pensión a la actora. Imponiéndose modificar la decisión de primer grado en este punto.

Resultando pertinente destacar que las sumas aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, toda vez que la prestación se causó a partir del 16 de noviembre de 2018, la entidad negó el derecho a través del acto

administrativo n° SUB 31172 del 1° de febrero de 2019 y la demanda se radicó el 7 de febrero de 2020 (folio 1, archivo 1 del expediente digital), esto es, antes de transcurridos los 3 años de que tratan los artículos 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST.

DESCUENTOS DE SALUD

El juzgado de conocimiento no señaló que, del retroactivo pensional se autorizaba a la demandada a realizar los respectivos descuentos de salud, conforme a lo preceptuado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 510 de 2003, reglamentario de la Ley 797 de 2003, por lo que, en aras de dar mayor precisión y certeza a las partes, respecto a la decisión adoptada se adicionará la sentencia, en este aspecto, y consecuencialmente, se autorizará a la Administradora Colombiana de Pensiones para que realice las deducciones correspondientes del monto reconocido a favor de Alba Lucía Arenas Salazar (sentencia SL4537-2021).

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> "(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de Alba Lucía Arenas Salazar, a partir del 16 de noviembre de 2018 y hasta el 16 de enero de 2023, en la cuantía que venía percibiendo el pensionado, junto con las mesadas adicionales, dado el fallecimiento de la demandante, en dicha data. En lo tocante a los intereses moratorios, estos se deberán contabilizar a partir del 15 de febrero de 2019.

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **AUTORIZAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que realice los descuentos a salud, respecto del retroactivo pensional causado a favor de la demandante.

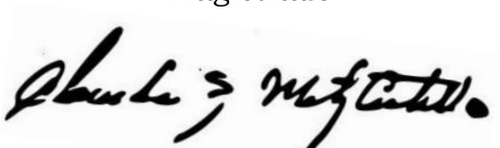
TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia.

CUARTO. Costas de la instancia a cargo del recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $300.000.oo por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105006 2020 00113 01. Demandante: Alba Lucía Arenas Salazar. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105014 2021 00116 01**
Demandante:	**Luz Marina Cordero Hernández**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Luz Marina Cordero Hernández, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (f°. 3 del archivo 4):

> "1. PRIMERO: - Que Se **DECLARE** la **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** efectuada a la señora **LUZ MARINA CORDERO HERNANDEZ**, en el año de 1996, con la que se realizó el traslado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales – ISS, al RAIS, hacia la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A**. por existir engaño y asalto en su buena fe, para que se trasladara al régimen

de ahorro individual con solidaridad al que pertenece dicha administradora.

SUBSIDIARIA: Que se **DECLARE** la **NULIDAD DE LA AFILIACION** efectuada a la Señora **LUZ MARINA CORDERO HERNANDEZ**, del año 1996 con la que se realizó el traslado del Instituto de Seguros Sociales ISS, al RAIS, hacia la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR** S.A por existir engaño y asalto a su buena fe para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad, al que pertenece dicha administradora.

2. **SEGUNDA**: - Que se declare que la señora **LUZ MARINA CORDERO HERNANDEZ**, siempre ha estado válidamente afiliada en pensiones al instituto de seguros sociales ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES EICE**."

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746; *ii)* que Colpensiones, debe aceptar y validar los aportes provenientes del RAIS; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 15 de agosto de 1960.
2. Estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de febrero de 1980 hasta el 5 de julio de 1982, cotizando un total de 123 semanas.
3. En 1996 un asesor de la AFP Horizonte hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. la persuadió para que realizara el cambio de régimen.
4. No le fue suministrada información veraz y oportuna para realizar el traslado de forma consciente e ilustrada.
5. Durante su vida laboral a cotizado 1365 semanas.
6. El 15 de febrero de 2021 solicitó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. su retorno al RPM, pero tal pedimento fue desatado de manera desfavorable

7. El 16 de febrero de 2021, elevó petición en igual sentido ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pero el 25 del mismo mes y año se resolvió en forma desfavorable su solicitud.
8. Le fue realizada una simulación pensional y allí se dio cuenta que, la mesada pensional en el RAIS sería ostensible inferior a comparación del RPM.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 18 de marzo de 2021 (archivo 6) y admitir el líbelo introductorio con proveído del 29 de septiembre de 2021 (archivo 8).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No aceptó los hechos planteados en la demanda y propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el traslado de la demandante a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en 1996, fue realizado en forma libre, informada y espontánea, tal y como se podía apreciar en la solicitud de vinculación, en el que tal circunstancia se declaró, sin embargo, tampoco era viable declarar la ineficacia, al aplicársele la restricción contenida en el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 (archivo 11).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas.; en cuanto a los hechos aceptó la su inicial vinculación al ISS, así como la densidad de semanas cotizadas a dicha entidad y la reclamación administrativa presentada ante la entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP

ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional); buena fe, cobro de lo no debido; falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo 12).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, el 29 de marzo de 2023, dispuso la concentración de los procesos, para proferir sentencia de primera instancia, dentro de los procesos radicados 2021-00058, adelantado por Mario José Corredor; 2021 – 00104 de Mónica Pérez Uribe y 2021-00016 de Luz Marina Cordero, instaurados contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., poniendo fin a la primera instancia, de la siguiente manera (archivo 36 ibídem):

> "**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes, señores Mario José Corredor Beaza, proceso 58-2021; Mónica del Rosario Pérez Uribe, proceso 104 de 2021 y Luz Marina Cordero Hernández, proceso 116 de 2021, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA. Señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtió el acto de traslado y por tanto siempre estuvieron los demandantes vinculados al régimen de prima media actualmente administrado por Colpensiones.
>
> **SEGUNDO**: **CONDENAR** a AFP **PORVENIR S.A.,** donde se encuentra actualmente vinculados cada uno de los demandantes a trasladar a Colpensiones, el saldo total de sus cuentas de ahorro individual, incluido rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales deben retornarse debidamente indexados a Colpensiones.
>
> **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas en cada proceso por el extremo pasivo.
>
> **CUARTO. CONDENAR** en costas de cada una de las demandas a las demandadas, Porvenir y Colpensiones."

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, la AFP no le había suministrado información relevante a la actora momento de la migración,

con el fin de que adoptara una decisión informada, asumiendo con la suscripción del formulario una conducta omisiva, que hace procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

Porvenir SA manifestó que no es procedente devolver los rubros señalados en el ordinal 2, debidamente indexados, pues tal orden resulta excluyente, al haberse generado rendimientos a favor de la afiliada y no verse afectados sus aportes por la inflación.

Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia, al no haberse tenido en cuenta que la entidad es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre la actora y la AFP, por lo que no tanto, no puede verse beneficiada ni perjudicada con la decisión adoptada; el retorno de la demandante afecta el sistema financiero, dado el impacto pensional que se ha generado con este tipo de procesos; por otro lado, precisa que, la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en caso de que se confirme la decisión solicita se paguen perjuicios que se generan a la entidad.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos aludidos en su respectiva apelación, además, indicó que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, al no existir vicios del consentimiento, garantizando a la actora la información necesaria y suficiente para haber escogido el RAIS.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
ii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1, **De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.**

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las

vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Y con respecto a lo señalado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la

Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 9 de abril de 1996, con destino a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las

consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Del reconocimiento de perjuicios.

No se pasa inadvertido que la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reclama en la alzada el reconocimiento de perjuicios que se causaron a la entidad, con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado al RAIS, sin embargo, de las piezas procesales adosadas al expediente, no se vislumbra que el ente de seguridad social hubiese formulado demanda de reconvención, reclamando este aspecto, tornándose tal situación en un hecho nuevo, por lo que, incluirla dentro de la controversia constituiría una transgresión del principio de congruencia, que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo, de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido alegadas si la ley así lo exige (artículo 281 del CGP), vulnerándose de esta manera el derecho de defensa del demandado y sin que dicha falencia pueda ser suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque, para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deban ser discutidos y probados dentro del proceso (sentencia SL3443 de 2021, SL440 de 2021 y SL2172 de 2022). Por lo precedente no hay lugar a realizar un estudio a profundidad sobre los perjuicios reclamados.

5. De la condena en costas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposición de la condena en costas de primera instancia, esta Sala de Decisión, debe precisar que al no ser objeto de apelación este concepto, se aprenderá su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en tal sentido, absolverá de dicha condena al ente de seguridad social citado, al no haber participado del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable, se le impondrá condena en costas.

Finalmente, se advertirá que se modificará el ordinal segundo de la sentencia objeto de reproche, **únicamente** respecto a la decisión adoptada a favor de la señora Luz Marina Cordero Hernández, ello por cuanto, en audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2023, la juez de conocimiento, concentró los procesos, 2021-00104, 2021-00016, 2021-00058 y 2021-00116, para proferir la sentencia de primera instancia, por lo que, cada trámite y las decisiones de los recursos impetrados surten efectos jurídicos de manera independiente.

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de Luz Marina Cordero Hernández por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS. 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. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir

S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto de la sentencia, en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

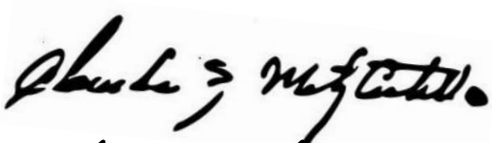
CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105009 2021 00133 01**
Demandante:	**José Alirio Hurtado Calderon**
Demandado:	**Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a Juan Camilo Rojas Gutierrez, identificado con C.C. No. 1.007.297.870 de Florencia y portador de la T.P. No. 329.709 expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada (carpeta segunda instancia, archivo 5).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor José Alirio Hurtado Calderón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (f°. 113 del archivo 1):

> *"a. Se declare que COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy en día la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A., asesoró equivocadamente a mi representado* ***JOSE ALIRIO HURTADO CALDERON*** *al afiliarlo a dicha entidad, y trasladándolo del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALEShoy en día ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> *b. Se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., igualmente asesoró equivocadamente a mi representado****JOSE ALIRIO HURTADO CALDERON****, al trasladarlo de SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy en día la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONESY CESANTIAS PORVENIR S.A.*
>
> *c. Se declare que que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., omitió la obligación de asesorar a mi representado* ***JOSEALIRIO HURTADO CALDERON****, respecto a la posibilidad de retornar al INSTITUTO DELOS SEGUROS SOCIALES - I.S.S. hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> *d. Se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita entre COLMENA PENSIONESY CESANTÍAS hoy en día la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A y* ***JOSE ALIRIO HURTADO CALDERON.***
>
> *e. Como consecuencia de lo anterior ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el traslado del Señor* ***JOSE ALIRIO HURTADO CALDERON*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad.*
>
> *f.Así mismo, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, activar en el sistema al señor* ***JOSE ALIRIO HURTADO CALDERON.***
>
> *g. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso.*
>
> *h. ULTRA Y EXTRA PETITA"*

En consecuencia, solicita se ordene *i)* a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladarlo a Colpensiones, junto con

los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y se active su afiliación en el sistema; *ii)* las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 12 de octubre de 1960.
2. Se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales y cotizó un total de 552 semanas.
3. Durante toda su vida laboral ha cotizado un total de 1788 semanas a marzo de 2020.
4. El 25 de agosto de 1994 se trasladó a Colmena Pensiones y Cesantías S.A., al informársele que podría pensionarse antes de los 60 años.
5. El 4 de enero de 2001 se trasladó a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
6. El movimiento a la nueva AFP se dio en el marco de la firma de un contrato de trabajo con su empleador.
7. Entre el año 2003 y 2004 no recibió del fondo al que se encontraba afiliado, comunicación informándole la posibilidad de retornar al RPM.
8. Los fondos de pensiones no le brindaron una asesoría pensional, posibilidades o alternativas de ahorro voluntario, durante el tiempo que estuvo afiliado en ellos.
9. El 13 de febrero de 2020 solicitó un estudio de su pensión, recibiendo respuesta el 7 de marzo, en la que informan que su mesada corresponderá a la suma de $3.780.400.
10. Una calculista actuarial realizó la proyección de la mesada que le hubiera correspondido en el RPM, fijando el valor en cuantía de $5.878.600.
11. La diferencia entre las dos mesadas pensionales es muy alta.

12. Existe un perjuicio, vicio del consentimiento al no contar con la información necesaria para tomar la mejor decisión frente a su futuro pensional.
13. Presentó solicitud ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pero esta fue despachada de manera desfavorable el 18 de febrero de 2021.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 25 de febrero de 2021 (f°. 132 archivo 1), y con proveído del 29 de septiembre de 2021, se admitió la demanda instaurada (archivo 6).

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su traslado hacia la AFP Colmena, hoy Protección SA, la solicitud presentada, y su respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. Como sustento a su resistencia a la prosperidad del *petitum* expuso que, los traslados efectuados por el actor eran válidos, al brindarse la información pertinente y necesaria, precedida de una asesoría oportuna, profesional e informada para que tomara la decisión de trasladarse, naciendo tan solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 contrajeron la obligación de asesoramiento (archivo 7).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA contestó en término resistiéndose a los pedimentos; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su traslado hacia está AFP; y su posterior movimiento hacia Porvenir SA; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,

buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes, y la innominada o genérica. Como motivos de defensa, expuso que, la entidad no faltó a su deber de información, pues el consentimiento del actor estuvo precedido por una amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible y de acuerdo con la normatividad vigente para la época, quedando plasmada en el formulario de vinculación, evidenciándose de esta manera su buena fe y lealtad de los asesores en procurar el bienestar del afiliado (archivo 08).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 21 de marzo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 27 ibídem):

> *"***PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó el demandante, José Alirio Hurtado Calderón, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Protección S.A., el 25 de agosto de 1994.
>
> **SEGUNDO. CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
>
> **TERCERO. CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro

individual del demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir y Protección S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.*"*

Para arribar a las anteriores conclusiones, sostuvo que, el demandante cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales, a partir de enero de 1984 hasta agosto de 1994, aportando un total de 552,29 semanas, efectuándose el traslado a Colmena hoy Protección el 25 de agosto de 1994, pero no se acreditó que se hubiere suministrado la información suficiente al momento de su migración, máxime si se tenía en cuenta, que el actor expuso en su declaración que, diligenció el formulario de afiliación, pero no sabe qué requisitos debe cumplir para pensionarse o la forma en cómo se liquida la prestación, no pudiéndose concluir que se hubiere suministrado las ventajas, desventajas y consecuencias de tal determinación, careciéndose de los elementos de juicio para tomar una decisión informada, procediendo la declaratoria de la ineficacia, ordenándose la devolución plena y retroactiva de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, tales como, saldos, rendimientos financieros y los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, pues, Colpensiones es la encargada del manejo de dichos recursos, debiendo pagarse los rubros debidamente indexados.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, Colpensiones y Porvenir S.A.

interpusieron el recurso de apelación, así:

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., adujó que no intervino al momento de traslado de régimen, y su actuar ha estado revestido de buena fe. Indicó, que, de acuerdo con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte, este confesó que, en el traslado efectuado a Colpatria, para el año 1994, tuvo un encuentro con una asesora, donde se le habló de las características propias del RAIS, y de las modalidades de pensión. Agregó, que no es procedente la devolución de los gastos de administración, dado que, estos fueron usados en la correcta administración de los recursos; aunado a que tampoco es posible devolver las primas de seguros previsionales, por cuanto estos porcentajes fueron trasladados a la respectiva aseguradora, y por virtud de la ley estos valores no están llamados a financiar la pensión de vejez, y si se trasladan dichos rubros, se presentaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el Decreto 7° del Decreto 3995 de 2008. Finalmente, manifestó que no es procedente la indexación de los valores objeto de condena, por cuanto con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no es razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; aunado a que no se puede ver favorecida ni perjudicada por el acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en su respectiva apelación.

A su turno, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en su apelación, además de manifestar que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado de régimen pensional, y que al momento del traslado de régimen no se presentó vicios del consentimiento.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. está legitimada para cuestionar el acto jurídico del traslado de régimen pensional cuando la AFP Protección no presentó oposición alguna a la declaratoria de ineficacia del mismo.
ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema
iii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

I. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia

del traslado del demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha entidad, mostrándose conforme al respecto.

Pese a lo anterior, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, sienta su inconformidad respecto a la declaratoria de ineficacia, debatiendo, que a pesar de no haber intervenido en el acto jurídico, siempre actuó de buena fe, cosa que no ocurrió con el demandante, quien en su sentir confesó que, le había sido brindada asesoría por la entonces AFP Colpatria hoy Protección S.A.; resultando oportuno precisar en este aspecto, que la tesis que sostiene esta Sala, es que, al no recurrirse la sentencia, por el fondo al cual se está declarando la ineficacia, la administradora del RPM no tiene legitimad para cuestionar este punto, sin embargo, en el presente caso, ocurre lo contrario, pues, Porvenir, en este caso, si se ve afectado con la decisión adoptada por el A quo, al ordenarse el traslado de determinados conceptos a Colpensiones, encontrándose a todas luces legitimada para rebatir la conclusión a la que arribó el juzgado de conocimiento.

Es así como se debe señalar que, el traslado inicial del RPMPD al RAIS por el demandante se dio el 25 de agosto de 1994, ante la AFP Colmena hoy Protección SA (f°. 10 del archivo 8), pero tal situación, en manera alguna, cambia la decisión de primera instancia, pues, ni siquiera el simple diligenciamiento del formulario suple en manera alguna el deber de información y, mucho menos, con la declaración rendida por el demandante, pues, este se limitó a decir, que se encontraba laborando en una empresa, cuando llegó un asesor de Colmena, en un escritorio diligenciaron el formulario de traslado y aunque no recuerda con precisión el tiempo que duró dicha reunión, lo que más tiene presente de esta, era que, se podía pensionar de manera anticipada; pero no, que en algún momento le hayan informado la forma en cómo podía acceder a tal beneficio; así como tampoco la necesidad de tener determinado monto de ahorros; por otro lado, dado los rumores que se iba a acabar el Seguro Social, le plantearon que, la única posibilidad era trasladarse y

pensionarse; siendo importante resaltar que, antes de cumplir 52 años de edad no le informaron de la posibilidad de retornar al RPM y tan solo cuando se acercaba la hora de cumplir 62 años, buscó la información necesaria para acceder a la prestación; siendo relevante señalar que a pesar de que el actor manifestó tener un vínculo laboral vigente con Porvenir desde el año 2001, este se desempeña en el cargo de analista 3 y especialista de desarrollo y soporte de software, por lo tanto, nunca ha trabajado en el área de pensiones, y aunque, recibió capacitaciones sobre el régimen pensional, esto lo hicieron durante los últimos años, no con anterioridad.

Luego entonces, de la declaración del demandante, no se puede extraer una confesión y mucho menos, concluir que, por el hecho de tener una relación laboral con Porvenir, este deba conocer de todos los trámites que se conocen en dicha entidad, máxime que su conocimiento, se encuentra dirigido al área informática, por otro lado, la jurisprudencia laboral ha sido consistente en indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional, sumado al hecho de que en los posteriores traslados horizontales, la AFP comprometida hubiera cumplido con el deber de información, en cuanto la jurisprudencia laboral ha señalado que no tiene incidencia, el hecho de que el afiliado haya seleccionado una segunda o tercera administradora del RAIS, primero, porque con ello no se está convalidando la ineficacia cuando se hizo el traslado de régimen (SL4322-2022) y, segundo, porque si se declara dicha ineficacia, esa declaratoria afecta a todas las administradoras que se hayan sucedido desde la inicial a la cual se hizo el traslado, por cuanto la

aspiración en el fondo entraña que se entienda que el afiliado permaneció en el RPMPD, es decir, que para todos los efectos nunca lo abandonó.

Entonces, como esa falta de información se dio con respecto al inicial traslado, la posterior actuación que haya podido dar la AFP Porvenir SA al demandante, no invalidan o tiene el mérito suficiente para descartar la ineficacia de ese movimiento que ejerció el actor.

Otra precisión es necesaria. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez y que no se acreditaron vicios del consentimiento a la fecha de materializarse el traslado de régimen. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia como quedó sentado, no fue objeto de ataque. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

> *(…) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).*

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, la procedencia de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional consulta y los restantes reproches efectuados por la AFP.

La declaratoria de la ineficacia del traslado frente a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que, dentro de la orden de devolución, se adicionará la sentencia, en el sentido de indicar que en ella, también se debe incluir los gastos de administración, que apareja el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003), pues, escuchado el audio de la sentencia, se verifica que, tanto en la parte considerativa como resolutiva de la misma, no se dijo nada respecto a este concepto, sin embargo, en el acta de la diligencia, se incluyó dicho rubro, como objeto de traslado a favor de Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media

por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría una doble condena a su cargo.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar

al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo

concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CONDENA EN COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos para la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se le impondrán las costas de esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de condenar a Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, las sumas destinadas al pago de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden,

los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que las AFP no pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en esta providencia; conforme a lo considerado.

TERCERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA y Protección SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

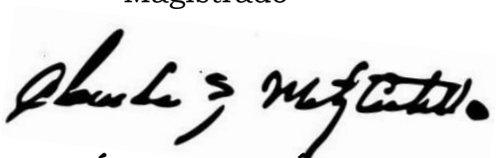
CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105009 2021 00133 01. Demandante: José Alirio Hurtado Calderon. Demandado: Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105035 2019 00134 01**
Demandante: **Felipe Valencia Jaramillo**
Demandado: **Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Felipe Valencia Jaramillo demandó a Aerovías del Continente Americano S.A. – Avianca S.A., para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de abril de 2015 y el 8 de mayo de 2018; y la ineficacia del despido. En consecuencia, se ordenara el reintegro al cargo que venía ocupando al momento de la desvinculación o a uno de igual o superior categoría, sin solución de continuidad desde la fecha de su desvinculación hasta su reincorporación; el pago de salarios, prestaciones sociales, beneficios legales o convencionales, aportes al sistema de seguridad social y demás derechos causados desde el día de finalización del vínculo y hasta cuando se produzca su reintegro efectivo; la revalidación de

los certificados médicos necesarios para la emisión de la licencia de vuelo y su recapacitación para recobrar la autonomía de planeo.

En forma subsidiaria reclama, se declare que el despido fue unilateral y sin justa causa; como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos de sus pretensiones indicó que; *i)* ingresó a Avianca S.A., el 9 de abril de 2015, mediante contrato de trabajo a término indefinido; *ii)* se afilió a la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC; *iii) el* 8 de agosto de 2017 ACDAC presentó pliego de peticiones; *iv)* el Ministerio de Trabajo mediante Resolución No. 3744 de septiembre de 2017, ordenó la conformación del Tribunal de Arbitramento, para que dirimiera el conflicto colectivo existente entre la referida organización sindical y la empresa demandada; *v)* el 11 de diciembre de 2017, se emitió laudo arbitral y el 19 de enero de 2018, se aclaró el mismo; *vi)* el 20 de septiembre de 2017, se aprobó el cese de actividades; *vii)* la huelga se levantó el 12 de noviembre del mismo año, es decir, antes del día 60; *viii)* el 29 de noviembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en el que se declaró la ilegalidad del cese de actividades; *ix)* mediante oficio del 15 de febrero de 2018, se le comunicó de la apertura de proceso disciplinario en su contra; *x*) la audiencia tuvo lugar el 6 de marzo de 2018; se presentó a la diligencia de descargos con representantes del sindicato y rindió los mismos, de manera escrita, solicitándose las pruebas del incumplimiento contractual; *xi)* la empresa decide dar por terminado el contrato de trabajo, ante la supuesta participación del trabajador en el cese declarado ilegal; *xii)* interpuso recurso de apelación el 13 de marzo de 2018 contra la decisión adoptada, pero tal determinación fue confirmada; *xiii)* no fue agotado un procedimiento, para individualizar qué trabajadores intervinieron activamente en la suspensión de actividades; *xiv)* no se logra demostrar la causal invocada para terminar el contrato de trabajo; *xv)* su única actuación en el cese de actividades fue dejar de laborar durante el período de huelga, situación que es propia en este tipo de movimientos sindicales; *xvi)* se

reintegró a sus labores el 7 de noviembre de 2017, es decir, antes de que fuese declarada ilegal la huelga; *xvii)* tenía prohibido presentarse o permanecer en las instalaciones de la compañía, conforme al artículo 84 del Reglamento Interno de Trabajo; *xviii)* presentó acción de tutela por violación de derechos al debido proceso, contradicción y defensa, resultando favorable tal pedimento, de acuerdo a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección A; *xix)* el 18 de octubre de 2018, fue llamado por la demandada, a reintegrarse, en cumplimiento del fallo de tutela; *xx)* no impetró la demanda dentro del término dispuesto por el juez constitucional por una causa de fuerza mayor como fue el paro judicial acaecido en octubre, noviembre y diciembre de 2018, que impidieron el acceso a la administración de justicia; *xxi)* no le han sido pagados sus derechos laborales desde su reinstalación hasta la fecha de presentación de la demanda (folio 361, carpeta 1, archivo 1).

3. **ACTUACION DEL JUZGADO**

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 15 de febrero de 2019 (fº. 349, carpeta 1, archivo 1), siendo admitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 3 de mayo de 2019 (fº. 407 ibídem), la cual fue notificada personalmente al apoderado de Avianca S.A. el 15 de julio de 2019 (fº. 421 ibídem)

Aerovías del Continente Americano S.A. – Avianca S.A, en forma legal y oportuna, contestó la demanda en el que, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, entre las partes se celebró un contrato a término fijo entre el 9 de abril de 2015 y el 7 de abril de 2016, siendo indefinido a partir del 8 de abril de 2016 hasta el 10 de mayo de 2018, como “copiloto A 320” y ante el grave incumplimiento de las obligaciones del demandante, se dio por terminado el vínculo laboral con justa causa imputable al trabajador, de conformidad a lo preceptuado en los numerales, 2, 4 y 6 del literal 1 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1995, norma subrogada por el artículo 62 del CST. Además, que, de las pruebas allegadas al proceso disciplinario, incluyendo los descargos realizados al actor, se pudo evidenciar que el trabajador no se presentó a sus asignaciones del 23 a 25, 28 a 30 de

septiembre; del 3 a 6, del 10, 11, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 25, 26 a 31 de octubre y 7 de noviembre de 2017 participando en la huelga ilegal adelantada. Respecto a los fundamentos fácticos, indicó que, ninguno era cierto.

Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido; falta de título y causa en el demandante; enriquecimiento sin causa del demandante; prescripción; pago y compensación; buena fe y la genérica (carpeta 1, archivo 1, fl. 483).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y CINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha el 10 de noviembre de 2021, dispuso:

> "PRIMERO: DECLARAR que entre el señor FELIPE VALENCIA JARAMILLO y AEROVÍAS DEL CONTINETE AMERICANO AVIANCA S.A exististe una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido con extremo inicial el 09 de abril de 2015.
>
> SEGUNDO: DECLARAR ineficaz la terminación del contrato de trabajo efectuada el 09 de mayo de 2018 entre FELIPE VALENCIA JARAMILLO y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A.
>
> TERCERO: ORDENAR a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A a reintegrar al señor FELIPE VALENCIA JARAMILLO al cargo que venía desempeñando para el 09 de mayo de 2018 con el respectivo pago de salarios, prestaciones sociales, beneficios legales y convencionales, aportes a seguridad social integral, asumiendo la revalidación de certificados médicos necesarios para que el demandante obtenga licencia de vuelo, recapacitándolo de ser necesario.
>
> CUARTO: DECLARAR probada la excepción de compensación de los derechos económicos del demandante entre el 09 de mayo de 2018 y el 15 de febrero de 2019.
>
> QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. en cuantía de $2.000.000."

En lo que interesa a la alzada, dedujo que:

> "Ahora bien, para establecer la ineficacia del despido del demandante efectuado el 9 de mayo de 2018 el Despacho realizó un estudio de las pruebas en conjunto aportadas al plenario, encontrando que el demandante participó en el cese colectivo entre el 20 de septiembre de 2017 al 12 de noviembre de

la misma anualidad junto con sus demás compañeros de la organización sindical, que no se presentó a la asignación de vuelo que le había realizado AVIANCA y que no hay prueba que demuestre que asistió a las reuniones efectuadas por los dirigentes sindicales de ACDAC, es decir no hay actas, notas periodísticas, videos, fotografías o cualquier manifestación expresa de la voluntad del demandante de donde se denote que su actuar fue determinante en la toma de la decisión del cese, que posteriormente fue declarado ilegal.

La compañía Avianca inicia un procedimiento disciplinario al demandante que culmina con la terminación de contrato, llamando la atención del Despacho que se hayan iniciado más de 200 procesos disciplinarios a los empleados de la compañía y que a cada uno de ellos se les haya dado un tratamiento diferencial; es decir a 128 trabajadores se les suspendió el contrato, a 84 trabajadores se les terminó el contrato con justa causa, y se dejaron sin efecto 2 procesos disciplinarios y el resto de trabajadores renunciaron luego de iniciados los procesos disciplinarios.

Las testigos de la compañía fueron enfáticas en argumentar que la terminación de los contratos de los empleados de Avianca – pilotos en este caso, se dieron luego de encontrar probada la participación activa de cada uno de ellos en el cese de actividades del año 2017, pero que sin embargo, no se tuvo conocimiento del caso particular del demandante en ese sentido, es decir, que el demandante aceptó haber faltado a su jornada de trabajo, para el período comprendido del 20 de septiembre de 2017 al 12 de noviembre del mismo año, argumentando que su ausencia se debía al acompañamiento de la huelga votada por ACDAC o al cumplimiento de lo ordenado por la organización sindical, es que la huelga es un derecho fundamental, pero es un derecho constitucional y ha sido reconocido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en innumerable jurisprudencia, bueno, una jurisprudencia, que viene como reconocida, como desde el 2018 en adelante, pero estas mismas personas no dieron cuenta de las pruebas, estas testigos, de las pruebas que determinaron la participación activa del demandante en el cese de actividades, no hay ninguna prueba que nos demuestre que el demandante actuó de manera activa en este cese de actividades, entendiéndose como participación activa actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones a la libertad sindical, que hemos recalcado hace un momento con las normas y la jurisprudencia, cuál es el núcleo esencial, siempre observándose que cualquier acto de violencia o de indebido de este caso, ilegal, obviamente afecta esa libertad sindical de manera negativa, manifestó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1947 del año 2021 que las extralimitaciones podrían ser los actos delictivos, acordando entonces que estamos viendo, que cuando se entienden estas extralimitaciones, la violencia física, el sabotaje, la destrucción de archivos y documentos, la develación de información confidencial, acciones claramente prohibidas y que efectivamente nunca, ninguna persona que trabaje en el derecho podrá validar, que ponen en riesgo verdaderamente la vida o seguridad de las personas, incluso de los bienes y de las personas, entre otras conductas y que deben sopesarse según su gravedad”

Apoyando sus argumentos, también en los artículos 2 y 5 de los Convenios 87 y 98, así como la sentencia SL1947 de 2021, concluyendo que ni en el trámite del proceso disciplinario ni en el judicial se había acreditado que el demandante tuviera un actuar indebido o con extralimitación o desviaciones a la libertad sindical.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la demandada la recurre en apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia, al considerar que, el demandante había aceptado su participación en el cese de actividades, por lo que, no podía aplicarse lo dispuesto en la sentencia, SL1947-2021, pues, tal sentencia no guarda similitud alguna con el presente trámite, además, la Corte Constitucional en la sentencia SU 406-2016, indicó que para aplicarse el antecedente jurisprudencial, debe tenerse en cuenta las particularidades del caso; que para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 450 del CST, la empresa solo debía demostrar que el trabajador había participado en forma activa en el cese ilegal de actividades y tal situación quedó acreditada con el interrogatorio de parte rendido por el actor, pero no, que dicha participación sea ilegal; por otro lado señaló que, Avianca, garantizó al trabajador los derechos para que ejerciera su defensa, de acuerdo a lo estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo; indicó que, en caso de no encontrarse acreditada la participación del actor en el cese de actividades, no resultaba procedente fulminar condena. No se encuentra demostrado un fuero especial o por razones del estado de salud, no siendo procedente declarar la ineficacia y ordenar el reintegro y en su lugar, se podría entender como un despido sin justa causa, por otro lado, al momento de fijarse el litigio, tampoco se hizo alusión a dichas figuras.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandante presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

A su turno, la convocada a juicio, se ratificó en los argumentos esgrimidos al momento de sustentar la alzada.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Corresponde a la Sala establecer si: *i)* ¿En el proceso se encuentra acreditado que Felipe Valencia Jaramillo participó por fuera de los límites legales y permitidos en el cese de actividades que se presentó en Aerovías del Continente Americano – AVIANCA S.A. entre los días 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017?; *ii)* ¿La terminación del contrato de trabajo luego de haberse demostrado que el trabajador no se extralimitó en su participación en el cese de actividades que fuere declarado ilegal, trae consigo la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, como lo ordeno el juez de primer grado o por el contrario como lo sostiene el apelante da lugar a la indemnización por despido sin justa causa?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandada al momento de sustentar su apelación.

De la existencia del Contrato de trabajo.

No fue objeto de controversia que; i) entre el demandante y Aerovías del Continente Americano – AVIANCA S.A.- se suscribió un contrato de trabajo a término fijo, para desempeñarse en el cargo de "copiloto A320", a partir del 9 de abril de 2015, el cual fue modificado a término indefinido, según el otrosí suscrito por las partes el 15 de abril de 2016; ii) el vínculo laboral fue terminado, el 6 de marzo de 2018, y contra dicha determinación, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto en forma desfavorable al recurrente el 9 de mayo de 2018, feneciendo el contrato a partir del 10 del mismo mes y año (folio 619, 629 del archivo 1 y folios 5, 27 del archivo 2 del expediente digital); *iii)* al finiquitarse el vínculo laboral, el actor incoó acción de tutela con el fin de que le fuesen garantizados derechos fundamentales, que consideró vulnerados por Aerovías del Continente

Americano – AVIANCA S.A. y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, el 8 de octubre de 2018, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y trabajo, dejando sin efectos "la actuación disciplinaria surtida por AVIANCA S.A. contra el señor FELIPE VALENCIA JARAMILLO desde el acta de audiencia especial de 6 de marzo de 2018 inclusive…" y ordenó su reintegro, agregándose en la decisión constitucional que, Felipe Valencia debía iniciar las acciones judiciales pertinentes en el término perentorio de 4 meses (folio 70 del archivo 2); *iv)* la demandada con escrito fechado del 28 de octubre de 2018 dio cumplimiento a la orden impartida y citó al trabajador para que se reintegrara a partir del 19 de octubre de 2018 (folio 92 del archivo 2); *v)* el 12 de febrero de 2019, procedió a terminar el contrato de trabajo, al no haber presentado el actor las acciones correspondientes (folio 107 del archivo 2).

De la terminación del contrato de trabajo

Está probado el hecho del despido, la que ocurrió el 9 de mayo de 2018, fecha en la que, Avianca fundó su determinación en que (F°. 102 de la carpeta 1, archivo 1):

> "1. Una vez analizado el diferente material probatorio, se pudo evidenciar que Usted participó de manera activa en el cese ilegal de actividades adelantado por la Organización Sindical ACDAC entre los días 20 de septiembre y 12 de noviembre de 2017, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa ha tomado la determinación de proceder con **LA TERMINACIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO CON JUSTA CAUSA LEGAL.**
>
> **2.** Así pues, y una vez analizado el informe remitido por parte de la Dirección de Gestión de Pilotos Col. Y de lo indicado en la presente diligencia de descargos, la Empresa pudo evidenciar que Usted incumplió con sus obligaciones laborales, toda vez que no se presentó a sus asignaciones los días **23, 24, 25, 28, 29, 30 de septiembre; 03, 04, 05, 06, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 de octubre; 07 de noviembre de 2017.**
>
> 3. De acuerdo con lo anterior, la Empresa pudo evidenciar que, en atención a su participación activa en el cese ilegal, se generó una grave afectación en la operación de la Empresa, como reprogramaciones, retrasos y cancelaciones de vuelos, también perjuicios económicos y administrativos, toda vez que la Compañía tuvo que incurrir en una serie de gastos que la impactaron negativamente al tener que reembolsar el valor de los tiquetes, otorgar alojamiento y alimentación a miles de pasajeros, y en general la reprogramación completa de la planeación de la operación de la Compañía.
>
> 4. Por todo esto la Empresa ha perdido la confianza que fue depositada para que cumpliera sus obligaciones en su cargo y esta situación hace incompatible mantener su vinculación. Por ello, en virtud de la declaratoria de ilegalidad del cese ilegal de

> actividades en el que participó de forma activa desde el día 20 de septiembre de 2017 al 12 de noviembre de 2017 y que Usted no se presentó a sus asignaciones los días **23, 24, 25, 28, 29, 30 de septiembre; 03, 04, 05, 06, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 de octubre; 07 de noviembre de 2017,** por el desarrollo del cese ilegal, la Empresa **HA DECIDIDO DAR POR TERMINADO SU CONTRATO DE TRABAJO Y CON JUSTA CAUSA…**"

Así mismo señala que la decisión se cimentó en las justas causas contempladas en los numerales 2, 4, y 6 del literal a) artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del C.S.T. en concordancia con el numeral 1° del artículo 58, los numerales 4° y 5° del artículo 60 y **el numeral 2° del artículo 450 del Código Sustantivo de Trabajo**, así como el literal h) del artículo 77, los numerales 1 y 42° del artículo 82, los numerales 5° y 18° del artículo 84 del Reglamento Interno de Trabajo.

El artículo 84 del Reglamento Interno de Trabajo, estipula en su numeral 5°, que, "*Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento, o sin permiso de la Empresa, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo. Quienes participen en ella*", agregándose en el mismo numeral, que, "*La falta al trabajo es grave cuando se trata de los miembros de las tripulaciones o de los trabajadores que intervienen en el despacho, recibo o protección de vuelo de las aeronaves, o en las labores relacionadas con el puntual servicio aéreo*", que dice que no se puede ingresar a la empresa y el Ministerio del Trabajo debe velar porque los que no votaron por la huelga no pretendan prestar el servicio y el numeral 18 preceptúa, "*No aceptar ni acatar las órdenes que sus superiores jerárquicos impartan para el desempeño del oficio*"

El artículo 77, estampa los deberes de los trabajadores y en el literal h, se dispone, "*Recibir y aceptar órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general, con su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la Empresa en general*".

Por otro lado, el artículo 82 contempla obligaciones especiales de los trabajadores y el ordinal 1 "*Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados: observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Empresa o sus representantes, según el orden Jerárquico establecido y observar la disciplina en el trabajo*", a su turno, el ordinal 42, "Someterse estrictamente a las disposiciones del presente Reglamento"

Es punto pacífico que el demandante era parte de la Organización Sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles - ACDAC (f°. 157 archivo 23), que en la empresa demandada hubo un cese de actividades desde el 20 de septiembre hasta el 12 de noviembre de 2017, la cual fue declarada ilegal por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 6 de octubre de 2017, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia Sala Casación laboral el día 29 de noviembre de 2017 (folio 669 ibídem). Que, en virtud de lo anterior, Aerovías del Continente Americano – AVIANCA S.A. procede a iniciar proceso disciplinario para dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 450 del CST. La empresa el 15 de febrero de 2018 (folio 76 del archivo 1), cita al actor a rendir descargos por los presuntos incumplimientos a sus obligaciones laborales, consistentes en no presentarse a las asignaciones de vuelo, programadas entre el 23 de septiembre y el 7 de noviembre de 2017. La empresa luego de escuchar las explicaciones dio por terminado el contrato de trabajo a partir del 10 de mayo de 2018 (folio 112 del archivo 1).

De los argumentos esgrimidos por Aerovías del Continente Americano – AVIANCA S.A., para finalizar el vínculo contractual, resulta necesario realizar un estudio de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 450 del CST, que a la letra dice:

> "Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial"

De acuerdo con la literalidad de la norma, una vez sea declarada ilegal una huelga, el empleador tiene la potestad de despedir a los trabajadores que hayan intervenido o participado en ella. Sin embargo, aplicar con rigurosidad lo que la disposición señala, lesionaría el derecho a la huelga. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1947 de 2021.

> "*En efecto, el derecho fundamental de huelga se lesiona no solo cuando se prohíbe de manera directa; también, cuando las consecuencias de la ejecución de una huelga son tan desproporcionadas para los trabajadores (despidos, sanciones penales) y sus organizaciones (cancelación de la personería,*

indemnización de perjuicios) que en la práctica ejercerla es un riesgo en sí mismo.

(…)

Todo esto da cuenta de porqué la declaratoria de ilegalidad de la huelga no puede producir consecuencias automáticas. Esto es, la declaratoria judicial de ilegalidad no puede trasvasarse sin más al ámbito individual; no puede generalizarse para reprimir a los trabajadores injustamente. La revisión judicial de la legalidad de la huelga tiene sus propios cauces, causales y su objeto es constatar la conformidad de un acto colectivo de conflicto con la legislación nacional para que el empresario pueda recuperar su producción; otra cosa bien distinta ocurre en las relaciones individuales de trabajo, en las que deben constatarse situaciones individuales y específicas. ***Por este motivo, es perfectamente posible que en una huelga legal se produzcan despidos de trabajadores que incurrieron en extralimitaciones en su ejercicio".***

Por otro lado, en sentencia SL344-2023, se indicó que:

"*Debe agregarse, que la conducta de la empresa vulneró los derechos del señor Pinilla Rodríguez, al desconocer el derecho fundamental de la huelga, junto con el principio de no ser discriminado o sufrir perjuicios por actividades sindicales*[1]*, siendo pertinente manifestar que esa prerrogativa, es decir la huelga o el cese de actividades, «es un bien jurídico que le pertenece a la colectividad trabajadora, asociada o no a un sindicato, no a las personas físicas consideradas individualmente»*[2]*.*

Adicionalmente, en la carta donde se manifestó la intención de terminar el contrato, se podría entender que la decisión también está sustentada en la suspensión de actividades en otros momentos y los actos de indisciplina. Sin embargo, al expediente no se allegó ningún medio de convicción que diera cuenta de esa situación.

Ante lo explicado, se impone revocar la decisión del juzgado y, en su lugar, se declarará la ineficacia del despido del accionante y, en consecuencia, se ordenará su reintegro, al mismo cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría y ***en iguales condiciones pactadas por las partes****, con el pago de salarios, prestaciones y aportes a pensión y salud, desde el momento en que quedó cesante, los cuales correrán hasta que se convino sobre la terminación de la vinculación*[3]*, ya que, en el escrito donde el accionante y la demandada convinieron el contrato laboral*[4]*, se acordó un plazo de duración de*

---

[1] Artículo 1° del Convenio 98 de la OIT.
[2] Sentencia CC C-858-2008.
[3] En la sentencia de casación CSJ SL1947-2021, se adoptó igual determinación en un caso donde, pese a existir la declaratoria de ilegalidad de una huelga, no se siguió un trámite disciplinario contra el trabajador. Igual determinación, y por similar causa se hizo en la CC SU-598-2019.
4 F.° 37 del cuaderno 1, contiene el contrato de trabajo a término de obra o labor determinada, donde se pactó, que el señor Pinilla Rodríguez, relazaría las funciones inherentes, accesorias, conexas, dependientes y consecuentes del oficio de

> *la obra y labor contratada, lo cual es permitido por la legislación nacional, ya que, implica el ejercicio del derecho de libertad de la empresa, que lo habilita a escoger la modalidad contractual que se ajuste a sus necesidades, siendo vital recordar, conforme al artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que esa clase de vinculaciones debe ejecutarse de buena fe y obliga a lo que en él se acuerde*."

Así las cosas, lo dispuesto en el artículo 450, numeral 2.º del Código Sustantivo del Trabajo debe ser interpretado bajo el entendido que el solo hecho de haber organizado y/o participado en una huelga ilegal no es causa suficiente de despido. Lo que debe analizarse es si la conducta del trabajador durante el cese de actividades incurrió en actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones no protegidas por el orden jurídico, tales como hechos delictivos, violencia física, sabotaje, destrucción de archivos y documentos, develación de información confidencial, acciones prohibidas que ponen en riesgo la vida o seguridad de las personas, entre otras conductas que deberán sopesarse según su gravedad. (CSJ SL 1947- 2021)

Como pruebas a fin de determinar si el trabajador se extralimitó en su participación en la huelga que fuera declarada ilegal, se practicaron las siguientes pruebas:

En interrogatorio de parte, Felipe Valencia Jaramillo sostuvo que Aerovías del Continente Americano – AVIANCA S.A., le hizo entrega de las asignaciones de vuelo mensuales, pero no se presentó porque participaba en la huelga votada por el sindicato, al cual se encontraba afiliado, además, que, conforme al reglamento interno de trabajo, cuando había un cese de actividades la compañía tenía por política, que sus trabajadores no asistieran a las instalaciones de la empresa; agregando, que la empresa no le informó o notificó que debía abstenerse de presentarse. Que su actuar durante la huelga, se limitó a asistir a reuniones, firmar la asistencia en el lugar de la convocatoria, hablaba y se mantenían informados de lo que ocurriera pero que, no tuvo injerencia en la toma de decisiones, ni tampoco, hizo uso de la violencia, de acuerdo a las recomendaciones realizadas por ACDAC, además, que la junta del sindicato fue la encargada de las

---

Soldador A, en la disciplina de tubería en el Proyecto de Expansión de la Refinaría de Cartagena y hasta el momento en que el 55% de las obras de Tubería en el proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena estuviera terminado.

negociaciones; siempre presumió que la huelga era legal, hasta tanto fuera desatado el recurso por parte de la H. Corte Suprema de Justicia.

Como testigos se presentaron a declarar: **Brayan Andrés Maldonado**, informó que, estuvo presente en la diligencia de descargos del demandante, que, en horas de la mañana se reunía con los pilotos de la empresa y les explicaba sobre los procesos disciplinarios y que Felipe Valencia Jaramillo había sido desvinculado por participar en el cese de actividades, al no presentarse a las asignaciones de vuelo realizadas por el empleador. **Jaime Alberto Hernández,** directivo del sindicato de trabajadores, conoce al demandante, porque era un socio de la organización gremial, sin embargo, fue enfático en señalar que este no asistió a reuniones o negociaciones del sindicato, que a algunos de sus miembros se les encomendó, mantener gaseosas o hidratación, acompañamiento sicológico, alimentación, aunque no recuerda específicamente la designación realizada a Felipe, si tiene presente, que este debía diligenciar la planilla de asistencia. **Elizabeth Riaño Alarcón**, coordinadora de litigios de la convocada a juicio, informó que conoció al demandante, por el proceso disciplinario adelantado en su contra, ya que estuvo presente en calidad de escribiente; además, que Felipe Valencia fue reintegrado por una orden de tutela, pero al no presentarse la demanda, dentro del término establecido, decayó la protección. En lo tocante a la diligencia de descargos informó que, el actor asistió con su apoderado de confianza, se le leyeron los cargos y aceptó el incumplimiento de sus obligaciones, dejándose registro en la respectiva acta, pero *desconoce el grado de participación* del trabajador en el cese de actividades. **Luisa Fernanda Valencia,** estuvo encargada de los procesos disciplinarios adelantados en el año 2018, cuando quedó en firme la sentencia emitida por la Corte Suprema, era ella quien organizaba las fechas y carpetas de los disciplinados; además, informó que, al no presentarse el trabajador a una asignación, se tenía un impacto económico y operacional alto, dependiendo la cantidad de vuelos a los que se faltara.

De las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, no se puede colegir que Felipe Valencia Jaramillo se haya extralimitado en la participación que tuvo en el cese de actividades y que como él mismo aceptó se limitó a no asistir a cumplir su labor en la empresa durante los días en que estuvo

vigente la huelga que luego fuera declarado ilegal por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Luego entonces, la no presentación a sus asignaciones durante el período que duró la misma, no era motivo suficiente para terminar su contrato de trabajo, alegándose una justa causa para ello, pues, la no prestación del servicio en el interregno de tiempo de septiembre a noviembre, no puede entenderse como participación activa del cese de actividades, sino como una consecuencia lógica del mismo, y además en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 448 del CST que indica que durante el cese de actividades, las autoridades "no autorizarán ni patrocinarán el ingreso al trabajo de grupos minoritarios de trabajadores, aunque éstos manifiesten su deseo de hacerlo". Y a lo dispuesto en el mismo reglamento interno de trabajo, que cataloga como causal de terminación del contrato el faltar al trabajo, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar donde se presta el servicio (artículo 84 numeral 5°).

Después de declarada ilegal la huelga, el empleador no puede despedir automáticamente a los trabajadores que no prestaron el servicio, porque precisamente durante el desarrollo de esta aquella obligación de los trabajadores queda suspendida. Su facultad de despedir a sus empleados recae únicamente sobre aquellos que participaron no activamente, porque necesariamente un presidente de un sindicato tiene un alto grado de intervención, sino extralimitándose en el ejercicio y derecho al cese de actividades.

No comparte la Sala, la afirmación del apelante en el sentido que el actor confesó en el interrogatorio su participación activa en el cese de actividades, por el contrario lo que informó Felipe Valencia Jaramillo, es que dejó de asistir a sus asignaciones " *debido a que estaba en una participación pasiva en la huelga, en ningún momento mi participación ha sido probada como activa dentro de la huelga, siempre tuve una buena fe, siguiendo los lineamientos de la asociación sindical a la actual me presentaba, siguiendo la buena fe de dar uso a mi derecho legítimo de estar en una huelga, en un cese de actividades, en ningún momento mi participación fue de ir en contra de la compañía, ni de promover o hacer un movimiento huelguista violento o alguna cosa por lo general. Mi participación fue pasiva, siguiendo todas las recomendaciones y todo lo estipulado por la ACDAC en este caso".* Por lo tanto, los hechos que invoca la demandada como una

participación que desbordó los limites propios del cese de actividades no se configuraron.

De los argumentos esgrimidos, se tiene que, el despido de Felipe Valencia Jaramillo, es ilegal y conforme a lo dispuesto en el artículo 450 del CST, tal declaración conlleva en forma impajaritable a ordenar el reintegro del trabajador, en aras precisamente de proteger el derecho fundamental de asociación sindical, el que no se satisface con la sola indemnización por despido injusto como lo pretende el apelante.

Finalmente, si bien se reprocha la aplicación de la sentencia SU 406-2016, emitida por la H. Corte Constitucional, una vez efectuado el análisis de la aludida providencia, se tiene que, en manera alguna, ni el juzgado de conocimiento ni esta Colegiatura, se apartaron de disposiciones legales nacionales e internacionales, ni mucho menos del precedente sentado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, además, se hizo un estudio del caudal probatorio recaudado en el devenir procesal, por lo tanto, no se incurrió en ningún defecto procedimental.

Establecido lo anterior, se torna imperioso confirmar la decisión condenatoria de primer grado.

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

R E S U E L V E

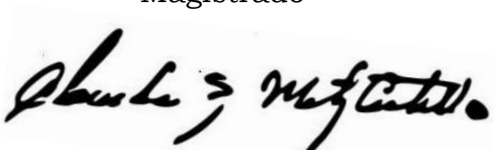
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a los argumentos esgrimidos en esta instancia.

SEGUNDO.- COSTAS, a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $200.000, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105036 2020 00146 01**
Demandante:	**María Elsa Corredor Triviño**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **María Elsa Corredor Triviño**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (f°. 9 del archivo 1):

> "**PRIMERA**. DECLARAR LA NULIDAD o INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por mi poderdante del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, administrado por **PROTECCIÓN desde el 01 de septiembre de 1994.**

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior, se declare para todos los efectos legales que mi poderdante siempre ha permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES.**

TERCERA. Que se ordene a la sociedad **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** a trasladar los aportes realizados por mi poderdante al Régimen De Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES.

CUARTA: Se CONDENE a la demandada **al FONDO DE PENSIONES PROTECCION** a cancelar las Costas Procesales, incluidas las Agencias en Derecho.

QUINTA: Que se reconozca a la demandante los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez y de Extra Petita."

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 7 de noviembre de 1959.
2. Se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 1° de marzo de 1979 y cotizó 577,71 semanas.
3. Se trasladó al régimen de ahorro individual el 25 de agosto de 1994.
4. Al 31 de enero de 2019 había cotizado 1873.57 semanas, sin embargo, en el fondo privado, se registra una densidad inferior a la antes expuesta.
5. En su historia laboral se encuentran pendientes por relacionar períodos laborados entre el 1 de marzo de 1979 y el 10 de mayo de 1980 y del 12 de mayo de 1980 al 15 de febrero de 1985
6. La información suministrada por el asesor del fondo de pensiones fue errónea y tampoco le dio a conocer los pro y los contras de su decisión.
7. El monto de la mesada pensional calculada en uno y otro régimen, es ostensiblemente disímil.
8. El 2 de agosto de 2018 la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección le realizó una simulación pensional.
9. Para el 7 de noviembre de 2018, solicitó anulación de la afiliación realizada en el RAIS, pero a la presentación de la demanda no había recibido respuesta.

10. La falta de información le causó un perjuicio, por cuanto, ella debía pensionarse bajo el abrigo del régimen de transición.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 6 de marzo de 2020 (archivo 2), al Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá y se procedió a admitir la demanda el 16 de septiembre de 2020 (archivo 3).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas en el RPMPD, y su traslado hacia Protección SA; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica. En apretada síntesis expuso que, se oponía la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado el 1 de septiembre de 1994 fue realizado de manera libre y voluntaria, sin que dicha entidad tuviera injerencia alguna en la decisión adoptada por la afiliada, además, que la reclamante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 09).

A su turno, la Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA presentó contestación en término resistiéndose a los pedimentos de la demanda. Frente a los hechos aceptó la fecha del natalicio de la actora, y la solicitud de anulación de la afiliación; sobre los

restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. Sentó su inconformidad respecto al *petitum* de la demanda, al encontrarnos en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, al suscribirse el formulario de afiliación de manera libre y espontánea, solemnizándose su afiliación (archivo 14).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y SEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 29 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera, (archivo 31):

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora MARÍA ELSA CORREDOR TRIVIÑO del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1° de septiembre de 1994, a través de PROTECCIÓN.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la PROTECCIÓN a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los fondos de pensiones SIAFP y trasladar a COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos 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, debidamente indexadas.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*

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

SEXTO: CONSÚLTESE *con el Superior la presente sentencia, a favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S"*

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, de acuerdo con la certificación SIAFP, la demandante se afilió el 25 de agosto de 1994, con efectividad a partir del 1° de septiembre de la misma anualidad, fecha para la cual se encontraba en cabeza de los fondos pensionales suministrar la información necesaria para que el afiliado pudiese escoger las mejores opciones pensionales, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993. Por otro lado, expuso, que no era relevante que, a la fecha de la sentencia, a la actora le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse, pues, no se estaba verificando un traslado de régimen, que imposibilitaría su retorno al RPM, sino la ineficacia del movimiento horizontal, tal y como ya lo había dejado sentado en diversos pronunciamientos emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la actora, para la fecha en que presenta la solicitud de retorno al RPM, le faltaban menos de 10 años para pensionarse y, por tanto, se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado consagrada en la Ley 100 de 1993; por otro lado, se interpretó de manera indebida el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece las causales de nulidad, además, no se exige a la afiliada, que demuestre un vicio del consentimiento, como el error, fuerza o dolo al momento de su traslado; por otro lado, se atenta con la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, cuestionó la condena en costas de primera instancia que le fue impuesta, al no haber participado en el acto de traslado de la actora.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.
ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.
iii) Es procedente la condena en costa impuesta por el juez de primer grado a Colpensiones.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, al momento de sustentar su respectivo recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

El vicio del consentimiento no es un presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Sostiene la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que la parte demandante no probó que existiera algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse el traslado de régimen. Conclusión que no le asiste razón a la entidad recurrente, por las siguientes razones:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la

institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las

condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

Frente a lo alegado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 25 de agosto de 1994 (f°. 26 archivo 1 y f°. 24 archivo 14), con destino a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

De la sostenibilidad Financiera del Sistema.

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones,

aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, con las consecuencias propias de la ineficacia acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

De la condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena en costas.

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

RESUELVE

Primero.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 29 de mayo de 2023, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Segundo.- REVOCAR parcialmente el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las costas impuestas.

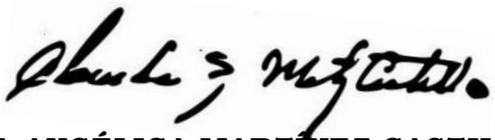
Tercero.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105015 2019 00168 02**
Demandante:	**Benedo Suárez López**
Demandado:	**Cooperativa de Suboficiales Cooleguizamo**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Benedo Suárez López, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Cooperativa de Suboficiales Cooleguizamo, con el fin que se declare la nulidad parcial de la cláusula tercera del contrato de trabajo a término fijo suscrito por las partes, al tornarse esta ineficaz; el valor adicional devengado forma parte integral del salario. (f°. 3 y 4 del archivo 1)

Consecuencialmente, reclama se condene a la demandada a reliquidar las cesantías, primas de servicios, intereses de cesantías y vacaciones causadas desde el 29 de noviembre de 2012 hasta el 28 de noviembre de 2015, teniendo en cuenta los gastos de representación, al ser pagado en forma permanente por el empleador; se condene al pago de las sanciones contempladas en el artículo

99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST; se indexen los valores reconocidos; se reajusten los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, así como al fondo de cesantías, costas y agencias en derecho.

2. **HECHOS.**

Como fundamento de las pretensiones, indicó que: *i)* suscribió contrato de trabajo a término fijo de 1 a 3 años, el 29 de noviembre de 2012; *ii)* el cargo que ostentaría sería el de gerente y representante legal, recibiendo como contraprestación la suma de $2.000.000; *iii)* en la cláusula tercera del contrato de trabajo, se fijó cuáles pagos no eran salariales; *iv)* el contrato feneció el 28 de noviembre de 2015; *v)* a la terminación del contrato le pagaron, la suma de $7.033.638, por concepto de prestaciones sociales, sin embargo, no le fue tenido en cuenta los valores estipulados en la cláusula tercera del contrato de trabajo; *vi*) el 22 de agosto de 2017, presentó reclamación ante la convocada a juicio; el 5 de septiembre de 2017 recibió respuesta desfavorable a su solicitud, al estimar que los gastos de representación eran ocasionales. (f° 4 del archivo 1 del expediente digital).

3. **ACTUACION DEL JUZGADO**

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 11 de enero de 2019 (f°. 39, archivo 1), correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 2 Civil Municipal de esta ciudad, quien mediante auto del 28 de enero de 2019, rechazó de plano la demanda por falta de competencia y ordenó la remisión a los Jueces Laborales del Circuito de Bogotá (f°. 43 ibídem). Fue así como la demanda se asignó al Juzgado Quince Laboral del Circuito el 4 de marzo de 2019 (f°. 47 ibídem), estimando que carecía de competencia en razón a la cuantía, debiendo conocerse del trámite por los Juzgados Municipales de Pequeñas Causas Laborales (f°. 49 ibidem).

Le correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, mediante acta de reparto del 8 de agosto de 2019 (f°. 53 ibídem), quien el 10 de octubre de 2019, suscitó el conflicto negativo de competencia y remitió las diligencias a la Sala Laboral de este Tribunal,

desatando la controversia el 21 de octubre de 2020, dirimiendo la controversia y asignando el conocimiento del trámite al juzgado de circuito (f°. 56, 66 ibídem).

Para el 5 de noviembre de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la demanda (f°. 104). Fue así como el promotor litigioso remitió citación tendiente a notificar a la convocada a juicio el 17 de marzo de 2022, sin embargo, el *A quo,* estimó que dicho trámite, fue realizado de manera incompleta y por ello, se había procedido a remitir copia de las diligencias, vía correo electrónico por parte del despacho, el 6 de abril de 2022 (archivo 2), dando por contestada la demanda el 8 de septiembre del mismo año (archivo 5).

La Cooperativa de Suboficiales Cooleguizamo, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, ya que, los dineros contemplados en la cláusula tercera del contrato de trabajo no son constitutivos de salario, al ser entregados para que el trabajador desempeñara en forma idónea su servicio y no para su uso personal; frente a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, la modalidad, los extremos temporales el cargo. Con respecto al salario indicó que fue de $2.000.000; además, que las partes pactaron que el pago de $400.000, no sería constitutivo de salario y le fue pagada la suma de $7.033.638 por liquidación de acreencias laborales. (archivo 4 del expediente digital)

4. **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 13 de diciembre de 2022, dispuso (archivo 7)

> "**PRIMERO. ABSOLVER** a la demandada **COOPERATIVA DE SUBOFICIALES COLEGUIZAMO** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor demandante **BENEDO SUAREZ LÓPEZ** y en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS,** a la parte **ACTORA** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2022 y a favor de la parte demandada.

> **TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada, y dado el resultado desfavorable para la parte actora, se remitirán las diligencias al superior a efectos que las revise en el grado jurisdiccional de consulta"

Arribó a la anterior conclusión, después de analizar el contenido de la cláusula adicional, suscrita entre las partes en el contrato de trabajo, y de acuerdo con la prueba testimonial recaudada, se podía concluir que, el cargo de gerente genera unos gastos de traslado o transporte, invitaciones a almorzar, por tanto, eran suministrados para desarrollar su labor y no para incrementar sus ingresos económicos.

5. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante interpone recurso de apelación, al estimar que, los gastos de representación le eran suministrados al demandante de manera habitual y, por tanto, deben tenerse como constitutivos de salario, y declararse ineficaz la cláusula que excluía dichos pagos como factor salarial y en caso de salir avante la reclamación, no se condene en costas al convocante.

6. **ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandante presentó alegatos en esta instancia, ratificándose en los argumentos esgrimidos al momento de sustentar la alzada.

7. **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala establecer si el concepto de gastos de representación reconocidos por el empleador en efectivo al trabajador, tienen connotación salarial y en consecuencia es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, o, si como lo alegó el empleador y lo aceptó el juzgado, ese rubro tenía como propósito cubrir unas necesidades del servicio y, por ende, no ingresó al patrimonio del trabajador.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

De la existencia del contrato de trabajo.

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 29 de noviembre de 2012 y el 28 de noviembre de 2015, en virtud del cual el accionante desempeñó el cargo de gerente; tal como se establece con el contrato de trabajo y la liquidación final de salarios y prestaciones sociales; así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda, y por su representante legal al absolver interrogatorio de parte; supuestos fácticos establecidos en primera instancia (folios 11, 13 del archivo 1 del expediente digital).

Del carácter salarial de un pago.

Afirma el actor en la demanda que, en vigencia de la relación laboral, se pactó un salario mensual de $2.000.000.oo, el cual sería pagado de manera quincenal, en cuantía de $1.000.000, sin embargo, el ex trabajador, recibiría de manera adicional, de $400.000.

El artículo 127 del CST señala:

> "Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

A su turno, el artículo 128 ibídem, contempla:

> "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o

> contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se recuerda que, el trabajador, inicialmente debe demostrar la regularidad o habitualidad de los pagos, y es el empleador quien debe probar que el pago de ese emolumento estaba dirigido a otro propósito diferente que la retribución del servicio, como puede ser la prestación eficiente de este o que, fue entregado por mera liberalidad, de forma ocasional y no ingresa al patrimonio del trabajador. Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral entre otras en las sentencias SL 4313-2021 y SL 986 de 2021.

Cuando una suma de dinero constituye salario y cuando no, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado los criterios para ello, a saber, en la sentencia SL5146 de 2020:

> "…Pues bien, desde el punto de vista jurídico, propio del primer cargo, la Sala ha establecido varias reglas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario, en los términos previstos en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Tales pautas pueden resumirse de la siguiente manera:
>
> 1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).
>
> Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó:
>
> > El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.
> >
> > En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de

> trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).
>
> Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones». Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

> (…) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, se señaló:

> El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».
>
> La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220- 2017).
>
> Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.
>
> Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.
>
> Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no

> es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.
>
> 6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159- 2018).»"

Con dichos parámetros, debe verificarse entonces, si conforme a la realidad probatoria, el pago cuestionado remuneraba o no el servicio prestado.

Cumple destacar que en el sub judice se encuentra demostrado que al momento de iniciar la vinculación laboral que unió a las partes, se pactó un salario mensual de $2.000.000,oo (página 11, archivo 1 del expediente digital). De igual manera, en la cláusula tercera, estipulada por las partes de forma adicional, se dejó constancia de lo siguiente:

> "**COOLEGUÍZAMO**" dada su calidad de empleador, pagará mensualmente al trabajador **BENEDO SUAREZ LOPEZ**, como **PAGOS NO SALARIALES**, la suma de cuatrocientos mil pesos mcte ($400.000) que de acuerdo con los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 334 de 1996, no tienen naturaleza salarial ni prestacional y por lo tanto, no se tendrá en cuenta como factor salarial".

Se tiene igualmente, que la parte actora acopió al expediente una planilla denominada "DINEROS CANCELADOS POR CONCEPTO COMPENSACIÓN – GASTOS DE REPRESENTACIÓN DEL SENOR BENEDO SUAREZ LÓPEZ", en los que se relacionan los conceptos pagados a favor del actor, tales como: compensación variable gerente, gastos de representación, saldos de gastos de representación, transportes, compensación variable (folio 21 del archivo 1 del expediente digital), resultando pertinente indicar en este punto, que, acorde con lo previsto en el parágrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS, modificado por el artículo 24 de la Ley 712 de 2001, en materia laboral, los documentos o sus reproducciones, presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos, sin necesidad de presentación personal, siendo las excepciones, aquellos que emanan de terceros o cuando se traten de hacer valer como título ejecutivo, por ende, como lo ha sostenido la jurisprudencia del trabajo, "al eliminarse el requisito de autenticación de los documentos emanados por las partes, se trasladó, en este caso al recurrente, la facultad de

aceptarlos o tacharlos, pues en el evento de no corresponder a la verdad, o no estar seguro de su contenido o autoría, en ejercicio de los principios de contradicción y publicidad de la prueba, puede proceder, conforme se señaló con anterioridad (CSJ SL17411-2015)", procediendo frente a éste un reconocimiento implícito o tácito de la demandada, al no ser desconocidos o tachados en la oportunidad procesal correspondiente.

Es así como, de la información adosada en el aludido documento, se puede concluir, que, en efecto, al demandante le fue pagado durante el año 2013 la suma de $400.000, para el año 2014, un valor de $500.000 y en el año 2015, $525.000.

La representante legal de la cooperativa demandada, en interrogatorio de parte sostuvo que, los valores pagados al trabajador por valor de $400.000, cubrían los gastos de transporte, almuerzos, reuniones, en los que incurría o asistía el señor Benedo.

El demandante, en interrogatorio de parte aceptó la suscripción de la cláusula adicional en el contrato de trabajo, en la que se pactaba la exclusión del pago de $400.000, como factor salarial, agregando a su dicho que, este concepto le fue pagado de manera mensual los gastos de representación y desde el inicio de la relación laboral, que, viajó a Tibasosa, Villavicencio, Neiva, Ibagué y Armenia, al tener la cooperativa asociados en dichas ciudades y, consecuencia de ello, sufragó sus gastos con los dineros otorgados para la representación de la empresa, recalcando que no utilizaba los recursos de la caja menor de la empresa, ni para pagar desayunos u almuerzos de trabajo, gasolina, parqueaderos y transporte.

Como testigo declaró **Deisy Parra Sánchez**, contadora en la Cooperativa, señaló que una vez conoció el contrato del demandante, solicitó información a la administración del ente, recibiendo como respuesta, que, se buscaba legalizar los pagos realizados al gerente, por las diligencias desplegadas por Benedo, tales como, cafetería, rodamiento, gasolina, parqueadero, restaurantes, encontrándose dicho rubro separado o adicional del pago de salarios y acreencias laborales, agregándose que, estos se encontraba soportados con recibos que él presentaba, que, no era solamente utilizar su vehículo, sino sufragar los gastos de taxi u otro tipo de transporte público, y de esta manera atendiera los compromisos que tuviese la cooperativa con otras entidades.

Blanca Nelly Vanegas, era la encargada de manejar la caja menor y por ello, le consta que, el demandante fue gerente y representante legal de la Cooperativa, solicitaba dinero para gastos como transporte, gasolina para el automóvil y viajes fuera de la ciudad, así como desayunos u almuerzos con personal de otras empresas o entidades.

Al mismo tiempo se allegaron recibos de caja menor, en las que se puede constatar que le fueron pagados a Benedo Suárez, dineros, por conceptos de transporte a diferentes entidades (Dirección de Estupefacientes, Club el Nogal a Foro, Club de Sub Oficiales, Hato Grande, Universidad Javeriana, Procuraduría, Seguro La Equidad, Bancos, Juzgados); almuerzos con funcionarios y directivos (Superintendencia de Economía Solidaria); desayunos con funcionarios Superintendencia de Economía Solidaria); atenciones realizadas a asociados; gasolina, peaje de Chicoral, (folio 24-26, 29- 57 del archivo 4).

Así las cosas, analizado en su conjunto el material probatorio, considera la Sala que, si bien el extremo activo acreditó que el empleador le pagó de manera regular unos dineros que fueron denominados "gastos de representación", lo cierto es, que el empleador logró demostrar, que esos rubros tenían como finalidad, contribuir en el desempeño o ejercicio de la labor contratada por la empresa, como fue, la de pagar los gastos en que se incurría en el traslado de un lugar a otro, transporte del empleado, peajes, así como, almuerzos con ejecutivos de diferentes entidades o empresas y como lo señaló el mismo demandante a la hora de rendir interrogatorio, los viajes que realizó a diferentes ciudades del territorio colombiano, eran pagados con dicho rubro, es decir, que no tenían como propósito retribuir la labor de conducción, y como tal, no ingresaba al patrimonio del trabajador.

Es más, se acreditó que existía un control a esos gastos por parte del empleador, pues se requerían facturas o documentos, con el fin de legalizar los rubros entregados, lo cual confirma que dichos dineros no estaban al arbitrio del trabajador, descartando que se tratara del salario, en donde, como se sabe, allí no interviene el empleador, pues éste no puede indicarle o sugerirle al dependiente cómo debe hacer uso de esa retribución, precisamente, porque se trata de una esfera propia del trabajador, por haber ingresado a su patrimonio,

pero, en este caso, es evidente, que se trata de unos conceptos destinados a la ejecución de la labor, que por su finalidad, el empleador podía ejercer control.

En ese orden, el empleador, ni en vigencia de la relación ni a su terminación estaba obligado a liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicho concepto, porque, se insiste, no tenía connotación salarial alguna. Como a dicha conclusión llegó la primera instancia, se confirmará la decisión apelada.

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

R E S U E L V E

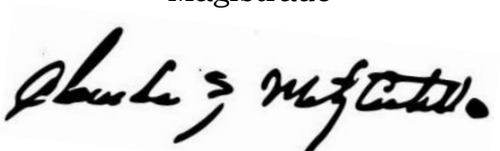
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

Notifiquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105032 2021 00169 01**
Demandante:	**Rosa Margarita Duran Sabogal**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Rosa Margarita Durán Sabogal**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas y de condena (f° 7, archivo 1):

"1. Se declare la ineficacia de la continuidad en la vinculación al régimen de

ahorro individual de con las demandadas **PORVENIR, PROTECCION, Y SKANDIA.**

2. Se declare que las demandadas **PORVENIR, PROTECCION, Y SKANDIA** no asesoraron conforme a la ley a **ROSA MARGARITA DURAN SABOGAL**, para escoger la mejor opción.

3. Se declaré valida la voluntad de la señora **ROSA MARGARITA DURAN SABOGAL**, de estar afiliado a **COLPENSIONES**.

4. Se declare y ordene a **PORVENIR, PROTECCION, Y SKANDIA**, a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados.

5. Se declare y ordene a **COLPENSIONES (Régimen de Prima Media)** a recibir el traslado de régimen, los dineros que se ordene a trasladar a **PORVENIR, PROTECCION, Y SKANDIA**, los cuales son necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez del demandante y que la misma se mantuvo sin disolución.

6. Que se ordene a la **SKANDIA**, a procesar y tramitar el traslado de régimen del demandante al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES (Régimen de Prima Media**) de forma inmediata;

7. Que se condene **PORVENIR, PROTECCION, COLFONDOS Y SKANDIA**, asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones,

8. Que se declare y condene a lo Extra y Ultra Petita como resultado de lo que se pruebe dentro del proceso…"

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 11 de enero de 1965, cotizando al sistema de seguridad social en pensiones antes de 1994.
2. Cotizó a Cajanal, Colmena hoy Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Porvenir S.A.
3. Se trasladó el 6 de agosto de 1996 a la AFP Colmena Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, sin recibir una debida asesoría sobre dicho movimiento.
4. El formulario de afiliación no fue claro, al no registrarse si era una vinculación por primera vez o un traslado.

5. En el año 1999 migró a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, pero no fue ella quien diligenció el formulario de afiliación.
6. Para el año 2002, se registra un nuevo traslado a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., sin registrarse si se brindó asesoría cierta y suficiente al respecto.
7. Los fondos de pensiones no le informaron que tenía un término para retornar al RPM, ni le hablaron del retracto, obviándose el deber de cuidado e información.
8. En el año 2020, acudió a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., por una asesoría y allí le indicaron que, su mesada pensional correspondería a $1.014.000 y que en Colpensiones era superior.
9. Solicitó su retorno al RPM a los fondos de pensiones, pero tales pedimentos fueron negados, arguyéndose que había un impedimento legal para ello.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 9 de marzo de 2021 (fº. 152 del archivo 1) y con auto del 6 de agosto de 2021, se procedió a admitir la demanda (archivo 4).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio respuesta a la demanda. Reprochó las súplicas, al estimar que el traslado a dicho fondo, era válido, al haberse informado a la afiliada sobre las características, ventajas y desventajas que componían el RAIS y con ello tomó una decisión libre y voluntaria acerca del traslado. Propuso las excepciones que denominó, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 5).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, se opuso a los pedimentos de la demanda, dirigidos a terceros y frente a los que se reclamaba algún derecho respecto de la entidad, sentó su inconformidad, al considerar que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al haberse seguido

los lineamientos legales y haberse suministrado toda la información para que tomara una decisión consiente. Propuso las excepciones que denominó, que la demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales; actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen; la actora se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la promotora del litigio; lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable; prescripción de la acción; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la genérica (archivo 6).

Con auto del 12 de enero de 2022, el Juzgado de conocimiento notificó por conducta concluyente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; concedió el término legal a la primera de las entidades enunciadas, para que presentara escrito de contestación y a las otras dos, les tuvo por contestada la demanda; además, admitió el llamado en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, exponiendo para tales efectos que, la afiliación realizada por la demandante, cuenta con plena validez, al haberse realizado cotizaciones a los fondos de pensiones, de manera libre, espontánea y voluntaria, no demostrándose un vicio del consentimiento. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, así como las cotizaciones realizadas con anterioridad al año 1994 a Cajanal; además, que el traslado a Colmena hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, se materializó el 6 de agosto de 1996; a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en 1999 y en 2002 con Skandia Pensiones y Cesantías S.A., finalmente, que se había presentado solicitud de

retorno al RPM, pero siendo atendida de manera desfavorable tal pedimento. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS; la innominada o genérica (archivo 10).

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, manifestó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al no gozar el demandante de derecho, el traslado al RAIS se efectuó en el marco de la autonomía de la voluntad, siendo un acto libre y espontáneo. Como excepciones propuso las de, el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a "Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.", prescripción de la acción de nulidad; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional. Respecto al llamado en garantía efectuado, también sentó su oposición, al considerar que, "el único objeto de éste previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente" (archivo 13).

A su turno, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., sentó su oposición respecto a las pretensiones, al estimar que se estaba en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, suscribiéndose el

formulario de afiliación en forma libre y espontánea, siendo este documento una señal de aceptación, no pudiéndose soportar su solicitud en expectativas económicas, máxime que la entidad sí brindó a la afiliada una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado de régimen. Aceptó como cierto la fecha de nacimiento de la peticionaria, así como su traslado a esta entidad; además, que no notificó la posibilidad de retornar al RPM, pues para dicha calenda no se encontraba afiliada al fondo; además la solicitud de retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y que no cuentan con prueba documental que soporte la información brindada al momento de la migración. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones (archivo 20).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 17 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 30):

> *"***PRIMERO.- DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación formulada por las demandadas **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.,** al igual que la excepción de inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS formulada por **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme las consideraciones expuestas.
>
> **SEGUNDO.- ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante **ROSA MARGARITA DURAN SABOGAL**.
>
> **TERCERO.- CONDENAR** en costas a la demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv.
>
> **CUARTO.-** En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.."

Como argumento central de su decisión, sostuvo que; "Del interrogatorio de parte de la demandante, en los términos que ha señalado el despacho, se considera que la demandante más allá de que no se le brindó información por parte de Colmena, que fue la administradora a través de la cual se produjo el traslado de régimen, lo cierto es que, escogió de manera libre y voluntaria a cuál administradora de pensiones afiliarse y que dicha escogencia conllevó al traslado de régimen. No obstante, es clara la posición de la demandante en cuál era su decisión en aquel momento, en el año 1996, que su decisión era estar en un fondo privado de pensiones y en esa medida más allá de que no haya pruebas en el proceso de cuál fue la información que se le pudo haber brindado, si se le brindó o no información, la demandante, ejerció el derecho que está contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera libre y voluntaria. Aunado a ello, el despacho considera que ninguna entidad del sistema general de seguridad social perteneciente al sistema general de seguridad social en pensiones puede negarse a tramitar una solicitud de afiliación de un ciudadano, pues, en esa medida de negarse a solicitar la afiliación, estaría igualmente vulnerando el derecho a la seguridad social. Es evidente que la demandante, en su momento, también tenía unas obligaciones de informarse acerca de las decisiones que estaba tomando y por ello, no solo existía la carga de brindar información en cabeza de las administradoras, sino también el deber del usuario del sistema de informarse ..." y si bien el despacho no desconoce el precedente, lo cierto, es que considera en este caso, existen unos elementos de juicio que difieren de estos pronunciamientos y que lo llevan a apartarse de ellos.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, el demandante, quien sienta su inconformidad respecto a la decisión emitida, pues en su sentir, si bien la actora suscribió en forma voluntaria el formulario de afiliación, ella no estuvo precedida de una debida asesoría por la entonces Colmena, y tal situación quedó demostrada en el trámite litigioso; las afiliaciones fueron inducidas por el contratante y empleador de turno, tanto en Porvenir como por Skandia. Por otro lado, no se puede decir que el traslado fue libre, cuando se desconocen las incidencias de la decisión que están tomando, es decir, el futuro pensional; además, la demandante en interrogatorio de parte, informó que desconoce cómo funciona el RAIS y el RPM; su decisión se vio influenciada por los medios de comunicación que pregonaban una crisis del extinto Instituto de Seguros Sociales; las demandadas y en especial Protección no cumplieron con las obligaciones contempladas en la Ley 100 de 1993; por otro lado, la actora se encontraba afiliada a Cajanal y la instrucción del personal de recursos humanos del DANE, la direccionó para

que migrara a Colmena. La carga probatoria está en cabeza de Protección, Porvenir y Skandia, quienes no demostraron el cumplimiento de sus deberes, al momento de los traslados, ni durante los 20 años que esta estuvo vinculada con dichas entidades. Al omitirse la entrega de información a la ex trabajadora, se desconoció lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 720 de 1994, procediendo de esta manera a la revocatoria de la sentencia reprochada.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitan se confirme la sentencia de primera instancia.

A su turno, la promotora litigiosa, reclama la revocatoria de la sentencia, ratificándose en los argumentos expuestos en la alzada.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) Existió libre elección de la demandante, al trasladarse en agosto de 1996 a Colmena hoy la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

ii) ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, supone que el traslado de régimen es válido?

iii) En el año 1996, las AFP no tenían la obligación de brindar asesoría.

iv) ¿Es procedente la declaratoria de ineficacia, en caso afirmativo, es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima?

v) Procede la declaratoria de la excepción de prescripción.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante.

No es motivo de discusión que la **demandante** laboró en la Empresa Social del Estado Hospital Santa Clara desde el 17 de junio de 1986 hasta el 1 de agosto de 1987, como enfermera, realizando aportes a la Caja Nacional de Previsión Cajanal (f°. 61 archivo 1) y en el Instituto Nacional de Cancerología Empresa Social del Estado desde el 26 de diciembre de 1988 hasta el 31 de enero de 1994, como jefe de sección y realizando aportes a la extinta Caja Nacional de Previsión Cajanal (f°. 56). Que el 6 de agosto de 1996, suscribió formulario de inscripción al fondo de Cesantías y Pensiones Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección (f°. 35).

Por lo tanto, en el *sub judice*, Rosa Margarita Durán Sabogal, se afilió a CAJANAL el 17 de junio de 1986, al iniciar su vida laboral con la Empresa Social del Estado Hospital Santa Clara, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, luego entonces, al extinguirse la Caja de Previsión Social, de manera automática, la actora pasó a incorporarse al extinto Instituto de Seguros Sociales, tal y como lo precisó el juzgador de conocimiento, por lo que la inscripción realizada el 6 de agosto de 1996 a la AFP Colmena hoy Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, es un traslado, y en este sentido debe estudiar la ineficacia del mismo bajo los lineamientos legales vigentes para dicha calenda, no pudiendo pregonarse, que, el caso bajo estudio medió la libre escogencia de régimen, como se explicará a continuación.

De la ineficacia del traslado de régimen

La parte actora interpone recurso de apelación en el que indica que en el *sub lite* no se podía entender que con la sola suscripción del formulario de afiliación se había brindado asesoría a la trabajadora, al desconocerse las incidencias que tal determinación tenía en su futuro pensional, no encontrándose acreditada la asesoría brindada a la afiliada, para realizar el movimiento de régimen ni sus posteriores migraciones horizontales.

El articulo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: "**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."

Y el articulo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(…)

"Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo".

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: "REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones".

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Y la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, en torno a la ineficacia del traslado ha efectuado las siguientes precisiones, que son necesarias recordar, así:

1. No es presupuesto para que se apliquen las reglas sobre la materia ser beneficiario del régimen de transición, contar con una expectativa legítima o tener un derecho adquirido, ya que tal exigencia no se encuentra prevista en la ley ni en la doctrinada construida por la Corporación (CSJ SL2229-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL4205-2022, CSJ SL1565-2022.)

2. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019,CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

3. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como « un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022)permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de

una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria(CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que « esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

> *[…] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).*

7. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la

comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 6 de agosto de 1996 (f°. 35 del archivo 1); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), "entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna" (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación no denota el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS.

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (6 de agosto de 1996), se anota con leyenda preimpresa: "HAGO CONSTAR QUE LA

SELECCIÓN DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS" lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Rosa Margarita Durán Sabogal (f°. 17 archivo 1; f°. 175 archivo 7), solicitud de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones y derecho de petición dirigido a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el 8 de junio de 2020 (f°. 20 y 22 ibídem), reporte del estado librado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (f°. 31-34 ibídem), relación de aportes realizados ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (f°. 40-43 ibídem y f°. 31 archivo 5), formulario de traslado suscrito por la actora en 1999(f°. 44 ibídem y f°. 36 archivo 5), formulario de traslado a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, materializado el 8 de julio de 2002 (f°. 50 ibídem; f°. 35 archivo 6 y f°. 22 archivo 7), certificaciones electrónicas de tiempos laborados - CETIL (f°. 54-64 ibídem), resultado de simulación pensional realizada el 12 de mayo de 2020, sin embargo, no se indica la persona que expide el documento (f°. 65 ibídem), actualización de historia laboral realizado ante la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 14 de septiembre de 1999 (f°. 35 archivo 5), certificado emitido por Asofondos y en el que se registras los movimientos horizontales realizados por la demandante (f°. 44-46 archivo 5; f° 73 archivo 6 y f°. 170 archivo 7; f°. 46 archivo 20), copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (f°. 47-49 archivo 5, f°. 83 -85 archivo 6; f°. 85 archivo 6 y f°. 180 archivo 196; f°. 50 archivo 20), historia Laboral consolidada emitida por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (f°. 36-45 archivo 6 y f°. 23 y 133 archivo 7), estado de cuenta expedido por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (f°. 46-70 archivo 6, f°. 143 archivo 7), constancia de traslado de aportes realizado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección el 10 de junio de 2022 (f°. 41 archivo 20), documento

denominado “Políticas Asesorar para vincular personas naturales” y “Administradoras de fondos de pensiones, deber de asesoría e información al consumidor financiero” (f°. 53 y 58 archivo 20)— no permiten colegir que la AFP Protección S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

En el interrogatorio de parte realizado a Nedy Dallos en calidad de representante legal de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, respecto a la información brindada a la trabajadora al momento del traslado, precisó “Prueba reposa en el expediente administrativo de la señora demandante, allegado junto al escrito de contestación de demanda y se limita al formulario de afiliación, formulario que a su turno era diligenciado previo otorgamiento de una asesoría verbal, amplia, oportuna y suficiente, la cual para ese momento, en el año 1999 no era exigible a los fondos dejar más registro que el entendimiento de las condiciones y la aceptación de las mismas, plasmadas dentro de esa documental”, agregando que a ella no le consta la información verbal suministrada por el asesor al momento del movimiento horizontal.

Zonia Gómez, en calidad de representante legal de Skandia Pensiones y Cesantías precisó que, para acreditar la asesoría a la actora, la entidad “solo existe el formulario de vinculación que se aportó con la contestación de la demanda” y no le consta si la entidad envío algún asesores o comunicados a la accionante, tendiente a informarle sobre el régimen pensional que más le convenía.

Rosa Margarita Durán Sabogal, indicó que, para el año 1996, cuando se realizó su traslado a Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., *“yo estaba laborando con un contrato de prestación de servicios en el DANE y en algún momento en la renovación de contrato me solicitaron que tenía que afiliarme a salud y a pensión, en ese momento la oficina de personal del DANE me dio alguna información sobre que opciones tenía en términos, de que si me podía afiliar al seguro social y me mencionó unos fondos y me comentó que las personas que se estaban afiliando a Colmena, porque yo no me afilié a Protección sino a Colmena, pues, no tenían problema. Digamos que la afiliación era muy ágil y en ese momento, pues yo escogí colmena, porque justamente a una cuadra*

de mi casa había una oficina de colmena, entonces era lo que más fácil me quedaba y por eso terminé afiliándome a colmena", al auscultársele sobre la asesoría brindada en dicha oportunidad precisó, "*pues lo que yo recuerdo es que yo fui a la oficina como quedaba cruzando la calle, realmente, solicité que me, cuál era el procedimiento para afiliarme, me entregaron un formulario, yo lo llené, lo entregue, ellos no me dieron una copia, porque había una parte del formulario que ellos tenían que completar y hacer un trámite y me dijeron que cuando fuera a hacer mi primer pago, solicitara la orientación de cómo se hacía y eso fue lo que yo hice, pues en ese momento eran unas planillas a mano grandototas, pero ninguna otra información"* . Agregando a su exposición que no era consciente que estaba trasladándose de régimen, durante su vida laboral, cotizó a CAJANAL, pero hubo un interregno de tiempo en que no tenía trabajo y cuando se reincorporó laboralmente fue a través del DANE, quien le solicitó que se afiliara al pluricitado fondo, además, que, *"en ese momento, pues realmente en ese momento lo que se estaba promoviendo eran fondos de pensión, porque el seguro social, pues la información que uno tenía era que estaba quebrado, que tenía dificultades, que se iba a acabar, entonces, uno estaba orientado era a los fondos"*, pero que el funcionario de la entidad, no le nombró si quiera el Seguro Social como una opción para suscribir el formulario. Luego añade, que, para ella no había sido tampoco una opción suscribir el formulario del extinto Instituto de Seguros Sociales, dadas "las dificultades y eso era como información pública", como medios de comunicación. Del movimiento horizontal efectuado en el año 1999 a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., indicó que, *"como le mencionaba yo estaba ya trabajando en el Ministerio como funcionaria de planta, tenía un cargo de una jefatura, en ese momento hubo como varios asesores, de Porvenir que llegaron a la oficina, llegaron a mi oficina, me dijeron, me explicaron que de personal los estaban enviado para que hiciéramos el traslado de fondo, se diligenció el formulario y la chica atendía simultáneamente a varios compañeros, miraba que llenáramos el formulario"* y no tuvo la oportunidad de hacerle pregunta alguna al asesor, diligenciando el formulario con la información que le requerían, pero no tuvo una asesoría con ninguno de los fondos; además indicó que, cuando le llegaban los extractos de los fondos de pensiones, se limitaba a verificar que le hubieran efectuado el aporte y que estuvieran correctos sus datos, pero no sabía que sus aportes generaban rendimientos, ni tampoco que tuviera la posibilidad de realizar aportes voluntarios y el último traslado acaeció

debido a la reestructuración realizada al ente ministerial, donde nuevamente le solicitan que diligencie un formulario.

En síntesis, Las AFPs convocadas pretendieron acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la suscripción, por parte de la actora, del formulario de afiliación preimpreso. Si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el documento de vinculación al RAIS. Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales en el expediente, todas ellas son posteriores al acto de traslado y ninguna permite establecer si las AFPs demandadas le brindó a la actora información clara, verídica, completa y pertinente previo a su traslado.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Rosa Margarita Durán Sabogal con destino a la AFP Protección el SA, el 6 de agosto de 1996.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de

explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas

al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

Plaza para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías S.A contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

De la prescripción.

En este punto, se deberá precisar que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones propuso la excepción de prescripción, sin embargo, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

De la responsabilidad de la llamada en garantía.

No se pasa inadvertido que Skandia Pensiones y Cesantías convocó en garantía al proceso, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., sin embargo, a juicio de esta Sala, dicha aseguradora no está llamada a responder o garantizar obligaciones a cargo de la administradora de pensiones, pues, es Skandia quien debe responder con sus propios recursos en la devolución de los emolumentos relacionados anteriormente, sin que ello afecte la relación jurídico contractual que existe las entidades. Luego entonces, no se impartirá condena a cargo de la llamada en garantía.

De la condena en costas.

Al salir victorioso el recurso de apelación impetrado por la parte actora, se revocarán las costas fijadas en primera instancia y en su lugar se deberá fulminar condena por este concepto a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, debiendo absolverse a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo.

En esta instancia igualmente, se condenará por este concepto a los fondos demandados y se absolverá a la entidad del RPM.

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

RESUELVE

PRIMERO.- **REVOCAR** la sentencia proferida el 17 de mayo de 2023 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Rosa Margarita Durán Sabogal con destino a la Administradora del Fondo de

Pensiones y Cesantías Protección, el 6 de agosto de 1996; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO.- **ORDENAR** a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías S.A el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora. 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. Para lo cual, se les concederá un plazo de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de Rosa Margarita Durán Sabogal como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

CUARTO.- ABSOLVER a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO. CONDENAR en costas de primera instancia a cargo de las demandadas convocadas que hacen parte del RAIS y absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del pago de este concepto.

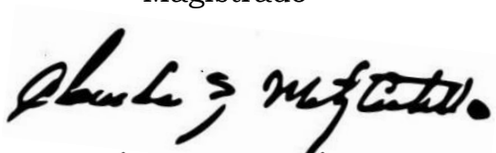
SEXTO. COSTAS en esta instancia a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones

Cesantías S.A. Fíjense como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas la suma de un (1) smmlv.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105035 2021 00181 01**
Demandante:	**Delfina Cepeda Benavides**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado Michael Cortázar Camelo, identificado con C.C. No. 1.032.435.292 de Bogotá y portador de la T.P. No. 289.256 expedida por el C. S. de la Judicatura, en calidad de apoderado sustituto de Colpensiones, de acuerdo al poder allegado (carpeta de segunda instancia, sub carpeta 3, archivo 2).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **DELFINA CEPEDA BENAVIDES**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones— para que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su compañero permanente, Claudio Fajardo Aguilar (q.e.p.d.).

En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 29 de julio de 2020; junto con los aumentos legales, mesadas adicionales, intereses moratorios; costas y agencias en derecho.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de sus súplicas, en síntesis, señaló, que: *i*) Claudio Fajardo Aguilar nació el 7 de julio de 1961 y falleció el 29 de julio de 2020; *ii*) a la fecha de su fallecimiento contaba con 343 semanas cotizadas, de las cuales 92,42 fueron sufragadas durante los tres últimos años de vida; *iii*) convivieron como pareja desde el mes de junio de 2001 hasta el día de su deceso; *iv*) compartieron, techo, lecho y mesa; no tuvieron hijos; *v*) el 8 de septiembre de 2020 solicitó el reconocimiento de la pensión, pero tal pedimento fue negado por Colpensiones el 25 de enero de 2021, mediante Resolución SUB 10832, aduciéndose que, uno de los descendientes del causante refirió que entre la pareja había existido una separación, por espacio de dos meses; *vi*) no se tuvieron en cuenta las declaraciones aportadas con la solicitud; tampoco la promesa de compraventa de derechos gananciales suscrita entre ella y uno de los hermanos de su compañero permanente; *vii*) el causante adquirió la Póliza No 2801520689501 con Seguros Bolívar, la cual fue pagada a ella, en calidad de cónyuge y a los primogénitos del fallecido; *viii*) el *de cujus* compró una casa, en la cual convivían con uno de sus descendientes; *ix*) la pareja adquirió un bien inmueble; *x*) convivió con Claudio Fajardo Aguilar por casi 20 años; *xi*) el 8 de febrero de 2021 interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución SUB 10832 del 25 de enero de 2021, la cual fue confirmada a través de acto administrativo SUB 64378 del 12 de marzo de 2021, al estimar que no se acreditó el requisito de convivencia (f.° 1 del archivo 1 del expediente digital).

3. ACTUACION DEL JUZGADO

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las súplicas formuladas, al estimar que no se acreditó la convivencia entre la pareja, durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del afiliado, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento

y muerte del señor Claudio Fajardo Aguilar, el número de semanas cotizadas en toda su vida laboral y en los 3 años anteriores al deceso, la presentación de la reclamación administrativa, así como la negativa de la entidad. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe; no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación, ni de intereses moratorios, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 10 del expediente digital).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y CINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha, 7 de diciembre de 2022, dispuso (archivo 27):

> "PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia a Delfina Cepeda Benavides a partir del 30 de julio de 2020, sujeta al reajuste de ley y mesadas adicionales.
>
> SEGUNDO: Se CONDENA a COLPENSIONES, a pagar el retroactivo a favor de Delfina Cepeda Benavides en cuantía de $30.136.176,20, correspondiente a las mesadas pensionales generadas desde el 30 de julio del 2020 al 31 de diciembre del 2022, debidamente indexado. A partir del 1 de enero del 2023, la demandada deberá pagar como mesada pensional un salario mínimo legal mensual vigente.
>
> TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia.
>
> CUARTO: CONSÚLTESE con el superior."

Cimentó la decisión en que, la demandante tenía constituido un núcleo familiar con el afiliado, encontrando acreditada la convivencia de la pareja, por espacio superior a 19 años, hasta la fecha de su deceso y si bien se separaron, tales interrupciones fueron cortas, ya que, de la prueba testimonial recaudada, se podía colegir, que habían tenido vocación de permanencia en su unión, desde el año 2001, agregando que daba fuerza a tal situación, la decisión adoptada por el Juzgado de Familia de Soacha, al reconocer la unión marital de hecho entre ellos.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, Colpensiones interpuso recurso de apelación arguyendo que, el despacho no tuvo en cuenta la investigación administrativa realizada por la entidad, en la cual Elver German Fajardo, hijo del causante, manifestó que habían reiteradas inconformidades o conflictos familiares, entre el causante y la demandante, y que había una constante separación entre ellos, además de que Delfina Cepeda se "desentendió" totalmente de su compañero. Indicó que no basta simplemente con la comunidad entre la pareja, sino que debe existir auxilio y apoyo entre esta, lo cual, para el presente caso, no se demostró al presentarse separaciones entre ellos.

6. PROBLEMA JURIDICO

¿Si la señora Delfina Cepeda Benavides en calidad de compañera permanente del causante Claudio Fajardo Aguilar es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes? Para ello como problema jurídico asociado, es necesario determinar si aquella demostró la convivencia con el *de cujus*?.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, en los que la parte actora solicita se confirme la decisión de primera instancia y Colpensiones a su turno, que esta sea revocada, ratificando los hechos expuestos a la hora de sustentar la alzada.

I. C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo estipulado en el artículo 66 A del CPT y SS, la sala procede a resolver el recurso impetrado por la parte demandada y en consulta de aquellas condenas no apeladas.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que Claudio Fajardo Aguilar falleció el 29 de julio de 2020, como da cuenta su registro civil de defunción (fl. 15 del archivo 6 del expediente digital) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 113,[85] semanas en la Administradora

Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme se establece con la Historia Laboral Consolidada (archivo 23 del expediente digital).

Así las cosas, como se expuso, corresponde a la Sala dilucidar si la demandante cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Claudio Fajardo Aguilar.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 29 de julio de 2020, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

> "Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:
> 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
> 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: [...]"

También resulta pertinente referir el texto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993:

> "**Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
>
> a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte [...]"

Consagran las normas transcritas dos situaciones distintas para acceder a la pensión de sobrevivientes, una, cuando el causante es afiliado al sistema de seguridad social, y otra, cuando éste es pensionado, para los que la ley establece requisitos diferentes; para los últimos se exige una convivencia mínima, y para los primeros simplemente el haber cotizado un número de semanas con anterioridad al fallecimiento.

Recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revaluó su posición en el entendido que el requisito mínimo de convivencia, previsto para tener derecho a la pensión de sobrevivientes refiere únicamente al

caso de muerte del pensionado, mas no cuando se trate del fallecimiento de un afiliado, pues para este último supuesto no es exigible ningún tiempo. Así lo precisó en la sentencia SL1730-2020:

> "Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada [...]
>
> Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que "Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**" (subraya y negrilla fuera de texto).
>
> Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.
> [...]
>
> En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación."

De conformidad con lo precedente, para la fecha de la muerte del afiliado correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditare más de 30 años, y el causante hubiese cotizado cincuenta semanas durante los tres años anteriores al fallecimiento; sin importar el tiempo de convivencia.

En el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor Claudio Fajardo Aguilar, la demandante acreditaba más de 30 años, pues nació el 2 de octubre de 1958, como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 14 del archivo 6 del expediente digital), y tampoco ofrece discusión la causación del derecho,

como quiera que el *de cujus* cotizó como se expuso más de cincuenta semanas en los tres años anteriores al infortunio.

De la convivencia.

Procede la Sala al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar si la actora acredita su condición de compañera permanente supérstite.

En interrogatorio de parte, la actora manifestó que, conoció al señor Claudio Fajardo Aguilar, en el Barrio la Igualdad y para el año 2001, empezaron su vida en pareja; no tuvieron hijos, pues, cada uno ya tenía de relaciones anteriores; vivieron en arriendo, primero, en el sector donde se conocieron, de allí se trasladaron a Roma y durante los últimos años de vida del afiliado, estuvieron en Soacha, en un inmueble de propiedad de los dos y la cual era compartida con Elver (hijo de su compañero); manteniendo activa siempre su convivencia.

Como testigo se presentaron a declarar: **Luz Marina Pinzón de Rincón**, la conoce, porque era la cuñada, del padre de los hijos de la demandante, agregando en este aspecto, que Delfina se separó de él y después de mucho tiempo, inició su relación de pareja con el *de cujus*, la cual perduró por espacio de 19 años y en dicho interregno de tiempo, no supo que ellos se hubieren separado, además, ella, por lo general lo acompañaba a sus controles médicos; respecto a la periodicidad con la que los frecuentaba, indicó que, ello, ocurría cada 3 o 4 meses, y por eso le consta que vivían en Soacha, con un hijo del fallecido. **Tirza Prieto Ortíz**, reafirmó lo expuesto ante notario Público el 25 de agosto de 2020, en lo tocante a la convivencia entre Delfina y Claudio por espacio superior a los 18 años, desde el año 2001 hasta la fecha de deceso del afiliado; conoció las casas adquiridas por la pareja, una en el Barrio Kennedy y otra en Soacha; además, que no tuvo conocimiento de interrupciones de la vida de pareja, mantenía contacto con la actora por teléfono y en fechas especiales los visitaba, por eso, también le consta que con ellos, vivía Elver (hijo de Claudio). A su turno, **Sol Lindeli Granada Flores**, conoce a Delfina desde junio del año 2001, porque son amigas desde esa época, y se encuentran de vez en cuando, además hablan por teléfono; desde que conoce a la demandante, conoció a Claudio como su pareja, y en su hogar integraron u acogieron a Elver y que a la fecha de la declaración la actora comparte su hogar con el hijo de su compañero. **Milton Eduardo Gómez Martínez**, conoció a la

pareja hace varios años, en el Barrio la Igualdad, porque hacía trabajos de ornamentación para el señor Fajardo y por ello, se hicieron amigos; le consta que la pareja vivía junta desde el año 2000 o 2001, porque en esa época vivieron en el mismo sector, por ello también sabe que, ellos compartían el hogar con un hijo de don Claudio, al tener cada uno sus propios descendientes; además, que tenían una casa en Soacha y allá le hizo unos arreglos de ampliación, encontrando siempre a la señora Delfina en la casa; **Elver Germán Fajardo Escarraga**, hijo del afiliado, afirmó conocer a Delfina como la "esposa de mi papá"; a pesar de no saber la fecha exacta en que la pareja empezó a vivir, fue enfático en señalar que esta perduró por espacio de 18 a 19 años, hasta la fecha del fallecimiento de Claudio; actualmente, él vive en la casa de la pareja, él en el segundo piso y la demandante en el tercer piso; en cuanto a la convivencia de ellos, informó que, se mantuvieron unidos, a excepción de una vez, en que se separaron, por espacio de un mes, pero nada más; que él empezó a vivir con ellos a partir de 2008 o 2010, en el Barrio la Igualdad, de allí se trasladaron a Ciudad Roma y por último a Soacha, en los dos primeros sitios, era la pareja quien asumía el pago del canon de arrendamiento; que no pudieron asistir a las exequias, ya que, para la época estában en pandemia. **Claudia Johana Fajardo Escarraga,** hija también de Claudio, conoce a Delfina, como la esposa de su padre, porque convivió con él por más de 19 años, aunque, no sabe en qué periodo, pero al indagársele si a la fecha del fallecimiento del padre, ellos vivían juntos, dijo que sí; pero tiene claro, que la pareja vivió en el Barrio la Igualdad, después en Ciudad Roma y por último en Soacha y no le consta que se hubieran separado en algún momento.

En lo que hace relación a la investigación adelantada por la administradora de pensiones, a través de la empresa Cosinte Ltda., debe recordarse que, fue allegado el informe final realizado por la empresa, en donde se dejó registro de las declaraciones de terceros recepcionadas, debiendo tenerse dicha prueba como "documento declarativo emanado de terceros", tal y como se ha expuesto, en sentencias, SL1469-2021, reiterada en sentencia SL1340-2022:

> "*…El informe final elaborado por la firma Grupo de Tareas Empresariales Ltda., obrante de folios 101 a 102 del cuaderno principal, no aparece suscrito por la demandante, de manera tal que ese medio de convicción en realidad corresponde a un documento que proviene de un tercero"*

Es así como una vez analizado lo expuesto por Sara Hernández, Fabio y Yaneth Fajardo, hermanos del fallecido y Helver, hijo de Claudio, en el trámite administrativo, se puede concluir sin elucubración alguna que, en su oportunidad, indicaron que la pareja había convivido y que se habían presentado separaciones, pero no saben en qué período ocurrieron, ni los motivos que daban lugar a dicha interrupción en su convivencia, sin embargo, si son contestes en que, la convivencia fue por un espacio superior a los 15 años (fº. 145 del archivo 21).

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible concluir que entre la accionante y Claudio Fajardo existió una convivencia que se extendió desde mediados del año 2001 hasta la fecha de fallecimiento de este último, es decir, hasta el 29 de julio de 2020. Y si bien en algún momento se separaron, ello no conduce a que inexorablemente desaparezca la comunidad de vida de la pareja, ya que subsistieron los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua (sentencia SL803-2022), siendo entendible que no se presentara la compañera a sus exequias, pues, como bien lo señaló Elver, en dicha época estaba vigente la emergencia sanitaria, generada por la pandemia del Sars-CoV-2 y por tanto, supeditados a las medidas que implementase el Gobierno Nacional (julio 2020).

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión apelada en este punto, en tanto condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora.

De la cuantía de la Pensión.

Le corresponde pagar a Colpensiones a favor de la reclamante el retroactivo pensional causado desde el 30 de julio de 2020, tomando como base una mesada en cuantía equivalente a un smlmv, ya que al aplicar los parámetros establecidos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, se obtendría una mesada pensional inferior a dicho monto, lo cual está proscrito por la citada normativa. Prestación que deberá reconocerse por 13 mesadas al año y respecto de las cuales, se deben realizar los descuentos por aportes al sistema de seguridad social en salud con el

fin de no alterar el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

Retroactivo que deberá pagarse debidamente indexado a efecto de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y el cual después de realizarse las correspondientes operaciones aritméticas, corresponde al siguiente;

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
30/07/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*6,00*	*$ 5.266.818,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*13,00*	*$ 11.810.838,0*
01/01/22	***31/12/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*13,00*	*$ 13.000.000,0*
Total retroactivo				***$ 30.077.656,00***	

Luciendo en forma evidente que, se debe modificar el ordinal segundo de la sentencia atacada y consultada, en el sentido de fijar como retroactivo pensional causado entre el 30 de julio de 2020 y el 31 de diciembre de 2022, la suma de $30.077.656,oo, máxime que se conoce del trámite en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad.

De la prescripción.

Resultando pertinente destacar que las sumas aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, toda vez que la prestación se causó a partir del 30 de julio de 2020 y la demanda se radicó el 20 de abril de 2021 (archivo 3 del expediente digital), esto es, antes de transcurridos los 3 años de que tratan los artículos 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST.

Descuentos de Salud

El juzgado de conocimiento no señaló que, del retroactivo pensional se autorizaba a la demandada a realizar los respectivos descuentos de salud, conforme a lo preceptuado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 510 de 2003, reglamentario de la Ley 797 de 2003, por lo que, en aras de dar mayor precisión y certeza a las partes, respecto a la decisión adoptada se adicionará la sentencia, en este aspecto, y consecuencialmente, se autorizará a la

Administradora Colombiana de Pensiones para que realice las deducciones correspondientes del monto reconocido a favor de Delfina Cepeda Benavides (sentencia SL4537-2021).

Costas en segunda instancia

Dado el resultado desfavorable del recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas de esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada y en su lugar condenar a Colpensiones, a pagar como retroactivo pensional causado a favor de Delfina Cepeda Benavides, entre el 30 de julio de 2020 y el 31 de diciembre de 2022, la suma de $30.077.656, debidamente indexado.

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **AUTORIZAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que realice los descuentos a salud, respecto del retroactivo pensional causado a favor de la demandante.

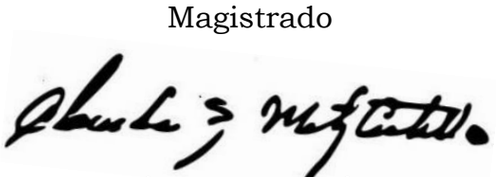
TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO. Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105035 2021 00181 01. Demandante:Delfina Cepeda Benavides. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105019 2020 00184 01**
Demandante:	**Gina Patricia del Rosario Agudelo Olarte**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Gina Patricia del Rosario Agudelo Olarte**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías – Colfondos S.A., y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (f°. 9 del archivo 1):

> "1. Declarar que La señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE** fue mal asesorada e informada por parte de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

PORVENIR SA, en el año 1996 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.
2.Declarar que La señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE** fue mal asesorada e informada por parte de **COLFONDOS SA. PENSIONES Y CESANTIAS,** en el *año* 2001 con la finalidad de lograr el traslado entre administradoras del mismo *régimen* pensional.

3. Declarar que **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** a través de información no veraz, llevo a Mi representada a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media.

4. Declarar que no hubo una real asesoría por parte de La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS.** que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría La señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE,** al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.

5. Declarar que LA **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS**, generaron una afectación de los derechos pensionales de la señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE.**

6. Declarar que la vulneración al derecho de Información por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS** que generara el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivó en la afectación a la vida digna de la señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE** al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.

7. Declarar que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS,** vulneraron los principios objetivos contenidos en la ley 100 de 1993, en razón a que están generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna de la señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE.**

8. Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones de la señora **GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE,** con **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y** CESANTI'AS PORVENIR S.A., por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este.

9. Declarar que al ser ineficaz el traslado inicial de régimen pensional efectuado por **PORVENIR S.**A., los demás traslados entre administradoras del mismo régimen con **COLFONDOS S.A.**, quedara viciado por ineficaz.

> 10. Declarar consecuencialmente, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**., con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al Decreto 2013 de 2012."

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar los aportes, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos al RPM; *ii)* la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debe activar, aceptar y recibir los aportes provenientes del RAIS; *iii)*, derechos conforme a facultades ultra y extra petita; *iv)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 30 de mayo de 1959.
2. En 1996 se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
3. El fondo de pensiones no le brindó una asesoría sobre las ventajas y desventajas de trasladarse a un fondo privado.
4. De la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. migró a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., pero esta entidad, tampoco le explicó las incidencias de dicho movimiento.
5. En 2019, solicitó la proyección de su mesada pensional a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., y el monto puesto en su conocimiento de manera verbal era inferior al del Régimen de Prima Media.
6. El 20 de febrero de 2020 presentó reclamación administrativa ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 6 de julio de 2020

(f°. 2 archivo 1) y con auto del 15 de junio de 2021 se procedió a admitir el líbelo introductorio (f°. 39 archivo 1).

Colfondos SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha del natalicio de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica. Cimentó su resistencia a la prosperidad del petitum, en que había brindado una debida asesoría a la afiliada, dándole a conocer las implicaciones de su decisión y las características del régimen y las diferencias entre el RAIS y el RPM, sin que se acredite algún vicio del consentimiento, máxime que el formulario de vinculación fue rubricado en forma libre y consiente y de las pretensiones dirigidas contra otro fondo pensional, señaló que, era la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. la persona idónea para pronunciarse al respecto (f°. 51-64, archivo 01).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS y el agotamiento de la vía gubernativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, no obraba

prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, ni información dentro de las solicitudes, en las cuales se exprese su inconformidad. (archivo 03).

A su turno, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contestó sentando su inconformidad respecto a los pedimentos de la demanda. De los fundamentos fácticos relacionados, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, así como el traslado a dicho fondo en 1996; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. En apretada síntesis expuso como motivos de su oposición a que, el traslado de régimen es válido, al estar precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, además, de la información pertinente y necesaria, además de no aportarse prueba alguna que permita establecer que el movimiento horizontal adoleció de algún vicio del consentimiento (archivo 04)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 31 de marzo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 14 ibídem):

> "**PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA** del traslado de la señora GINA PATRICIA DEL ROSARIO AGUDELO OLARTE, identificada con C.C. N° 51.560.429, del régimen de prima media con prestación definida que administra por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**., que se identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 8 de marzo de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la aquí demandante, al régimen de prima media con prestación definida que administra la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 1 de julio de 1983 hasta la actualidad como si ella 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 la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTÍAS,** identificada con NIT 800.149.496-3 quien actualmente administra los aportes y a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,** identificada con NIT 800.144.331-3 quien realizó el traslado inicial, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante, como son 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 que deben ser 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 lo justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** acto seguido a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante, una vez se dé cumplimiento a los traslados.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: Se condena en costas a la demandada AFP PORVENIR, el fondo primigenio y se ordena que sean tasadas por la secretaría del despacho.

SÉPTIMO: 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**, teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de Colpensiones y su naturaleza."

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, "el único medio de convicción en que se soporta Colfondos y Porvenir, pues son los formularios de afiliación en el expediente que obra en el cual, si bien la demandante firmó como lo manifiesta los formatos que allí que contiene que la afiliación sea libre y voluntaria u otro tipo de afirmaciones están, no son suficientes para que se tenga por demostrado el deber de información, que es lo que echa de menos aquí el despacho se acredita un consentimiento, pero no se acredita que haya sido lo suficientemente informado la aquí demandante", concluyendo que al faltarse al deber de información, no era dable darse el traslado en esas condiciones y tal movimiento se tornaba ineficaz y no podía ser subsanado con el movimiento horizontal realizado a la AFP Colfondos.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, adujó que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, de conformidad con la normatividad vigente para 1996; además, se dio la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, de acuerdo a la suscripción del formulario de afiliación. Afirmó, que no es procedente la devolución de los rendimientos, ya que, al declarar la ineficacia de traslado, esto supone que la afiliación nunca se dio y, por lo tanto, no se generaron estos conceptos, además, estos son propios del régimen privado. Indicó, que tampoco es procedente restituir las primas de seguros previsionales y gastos de administración, dado que no se encuentran en su poder, pues, invertidos en la forma en que lo exige la ley y mucho menos ordenar la indexación y finalmente, reprocha la condena en costas, pues en su sentir no debió ordenarse el pago por este concepto.

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones manifestó que, se debía estudiar la solicitud de traslado bajo el abrigo de la Ley 100 de 1993; por otro lado, no es razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; aunado a que no se puede ver favorecida ni perjudicada por el acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP. Agregó, que la demandante ha permanecido por más de 17 años en el RAIS y su trasladó afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Manifestó, que la promotora de la litis no puede trasladarse de régimen, dado que se encuentra dentro de la prohibición de traslado, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, reclama se confirme la condena a la AFP, en el sentido que el fondo debe trasladar al RPM todos los aportes realizados por la afiliada en dicho sistema.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando se revoque la decisión de primer grado, argumentando que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado, consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que su trasladó de régimen se dio de manera libre y voluntaria, sin adolecer vicio en el consentimiento.

La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA reiteró que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, sin existir vicios del consentimiento. Agregó que la actora recibió la información necesaria y suficiente para trasladarse al RAIS.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen que hiciera la actora el 8 de marzo de 1996?

ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

iii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?.

iv) Se debe exonerar a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. del pago de costas fijadas en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Alega la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, que, al momento de materializarse el traslado de la demandante, al RAIS, esta se hizo de manera libre, voluntaria e informada.

El articulo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: "**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."

Y el artículo 60, señala que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

> (…)
> "Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo".

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: "REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud

de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones".

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Y la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, en torno a la ineficacia del traslado ha efectuado las siguientes precisiones, que son necesarias recordar, así:

1. No es presupuesto para que se apliquen las reglas sobre la materia ser beneficiario del régimen de transición, contar con una expectativa legítima o tener un derecho adquirido, ya que tal exigencia no se encuentra prevista en la ley ni en la doctrinada construida por la Corporación (CSJ SL2229-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL4205-2022, CSJ SL1565-2022.)

2. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

3. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo

(CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como « un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022)permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria(CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que « esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

> *[…] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las*

> *oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).*

7. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 8 de marzo de 1996 (f°. 37 del archivo

4); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), "entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna" (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación no denota el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS.

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante (8 de marzo de 1996), se anota con leyenda preimpresa: "HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE L AADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS" lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Gina Patricia del Rosario Agudelo Olarte (f°. 5 archivo 2); petición incoada ante el RPM y la respuesta brindada (f°. 15 y 65 archivo 2); extracto de aportes y resumen de historia laboral emitido por Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. (f°. 17 y 22

archivo 2); reporte de semanas cotizadas emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (f°. 57 archivo 2); formulario de afiliación a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. (f°. 63 archivo 2); certificado de afiliación, historia laboral y relación histórica de movimientos emitidas por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir (f°. 38, 39 y 41 archivo 4); certificado emitido por Asofondos, en el que se registran los movimientos horizontales realizados por la demandante (f°. 43 ibídem); pantallazo de la página del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f°. 46 archivo 4); respuesta emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de pensiones y Cesantías Asofondos el 15 de enero de 2020 (f°. 47 archivo 4); copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (f°. 54 archivo 4) - no permiten colegir que la AFP Porvenir S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere, la cual es necesaria al momento del traslado de régimen, no posterior a ello.

Diana Esperanza Gómez Fonseca, en calidad de representante legal de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., informó que, la actora se trasladó el 8 de marzo de 1996, tal y como también se corrobora con el certificado SIAF, no teniendo conocimiento del formulario que data del año 1998. Precisó que los asesores son capacitados cada seis meses, para brindar una debida información, sin tener certeza que se le hubiera entregado el reglamento y plan de pensiones aplicable a su caso concreto, teniendo como único soporte para acreditar el traslado, el formulario de afiliación.

Mónica Andrea Zabala Cuervo, como representante legal de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., expuso que, el traslado se realizó a dicha entidad en el año 1999.

A su turno, Gina Patricia del Rosario Agudelo Olarte, precisó que cotizó en la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se

trasladó a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y de allí migró a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a la fecha no ha solicitado el reconocimiento de pensión de vejez. Respecto al traslado informó que había sido en el año 1998, cuando se encontraba laborando como el Ministerio de Cultura, a la oficina llegaron varios asesores y le hablaron que el Seguro Social se encontraba a punto de quebrar, y se ofrecían las mismas condiciones en dicho fondo, inclusive un poco mejor que en el RPM, llenó el formulario y se trasladó; la información fue suministrada de manera colectiva, y las preguntas, fueron que, si se tenía los mismos beneficios que Colpensiones, el mismo régimen y semanas y ellos le dijeron que sí, que era un poco mejorado sino igual de lo que le ofrecían el RPM; la asesoría fue muy amplia, los beneficios que tenía Colpensiones, pero que esta iba a quebrar; el formulario tenía para llenar sus datos básicos, el nombre, la dirección, la edad, el teléfono y eso fue lo que leyó, no tenía más de fondo; no sabe del derecho al retracto ni de aportes voluntarios. En el 2020, solicitó información a Colfondos, para averiguar sobre su pensión y se asesoró. El movimiento horizontal, a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., se materializó porque a su oficina llegaron asesores y le aseguraron que era una empresa, más moderna; la asesoría fue grupal, pero no le informó sobre ventajas y desventajas de su traslado, solamente le indicaron que tenía que cotizar las mismas semanas que Colpensiones y que su hija podía heredar la pensión, igual que Colpensiones, suscribiendo el formulario de manera libre y voluntaria. No solicitó su retorno al RPM, porque no tenía conocimiento que podía realizar tal gestión. Desconoce por qué obran dos formularios ante la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en períodos de tiempo diferentes (1996-1998).

En síntesis, las AFPs convocadas pretendieron acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la suscripción, por parte de la actora, del formulario de afiliación preimpreso. Si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con los formularios aportados, se itera de ellos no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal

elección. Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales en el expediente, todas ellas son posteriores al acto de traslado.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia, en lo tocante a la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y con relación a lo anotado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 8 de marzo de 1996, con destino a la AFP Porvenir S.A. (f°. 37 archivo 4); diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la administradora del rpm en este punto.

La declaratoria de la ineficacia del traslado frente a la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará este punto de la sentencia en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y tampoco pueden ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, estos suplen la devaluación de la moneda.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su

pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que la juzgadora de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CONDENA EN COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos para la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se le impondrán las costas de esta instancia.

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

RESUELVE

Primero.- MODIFICAR el ordinal tercero, de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada en el sentido de ordenar la indexación pero únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en esta providencia; conforme a lo considerado.

Segundo.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a Colfondos Pensiones y cesantías el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

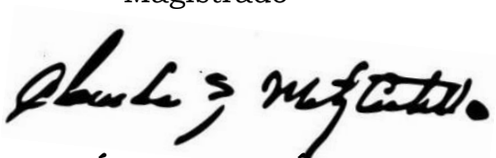
Tercero.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105019 2020 00184 01. Demandante: Gina Patricia del Rosario Agudelo Olarte. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105015 2022 00246 01**
Demandante:	**Luz Piedad Caicedo Delgado**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Luz Piedad Caicedo Delgado**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A.,, con el fin de obtener las siguientes pretensiones (f°. 3 del archivo 1):

"1. Que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional de **LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO** del sistema de prima media administrado por **COLPENSIONES** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A**., por no haberse cumplido con la carga de la doble asesoría.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se **DECLARE** que es igualmente ineficaz el traslado de LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A. a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS (PORVENIR S.A.)**

3. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **DECLARE** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** y, por tanto, siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.**

4. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se dejen sin efectos los traslados realizados y se reintegre a la señora **LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (Hoy COLPENSIONES**)."

5. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de las semanas cotizadas por la señora LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO durante su vida laboral a COLPENSIONES con sus respectivos rendimientos financieros.

6. Que se certifique el tiempo y semanas cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (HOY COLPENSIONES) por la señora **LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO**.

7. Que se condene a **PORVENIR S.A.** a pagar el valor actualizado o indexado de todas las sumas de dinero a que sea condenada, según la ley y la jurisprudencia.

8. Que se condene a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que **LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO** permaneció afiliada a esa administradora.

9. Que se condene a las Demandadas en forma ultra y extraepetita según lo encuentre acreditado el despacho.

10. Que se condene a **las demandadas** a pagar las costas y agencias en derecho." (sic)

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones el 2 de agosto de 1990.

2. Permaneció en dicha entidad, hasta el 28 de marzo de 1998, cotizando un total de 25,4 semanas.
3. En abril de 1998 se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y permaneció allí hasta el año 2002.
4. En agosto de 2002 fue afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. hasta la fecha de presentación de la demanda.
5. Durante su vida laboral ha cotizado 1156 semanas.
6. Al no haberse suministrado la información suficiente sobre las implicaciones del traslado, su migración al RAIS se torna en ineficaz.
7. En abril de 2022 presentó reclamación administrativa, tendiente a retornar al RPM.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 15 de junio de 2022 (archivo 3), al Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá y se procedió a admitir el líbelo introductorio con proveído del 14 de diciembre de 2022 (archivo 6).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No aceptó los hechos planteados en la demanda y propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo, i) que, las peticiones se encontraban dirigidas contra un tercero diferente a la entidad; ii) la actora se encontraba inmersa en una restricción legal (artículo 13 de la Ley 100 de 1993) para retornar al RPM; iii) el traslado efectuado el 24 de julio de 2002 se efectuó una vez se recibió la información necesaria para que la afiliada comparara entre los dos regímenes y adoptara la decisión de acuerdo a sus intereses pensionales iv) se realizaron aportes al RAIS por un período superior a los 25 años (archivo 8).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. Respecto a los hechos aceptó como cierto la afiliación al RPM en 1990, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. En apretada síntesis expuso que, si bien las pretensiones no iban dirigidas contra dicha entidad, no era menos cierto que la declaratoria de ineficacia conllevaría implícito el retorno de la actora al RPM, sin embargo, en su sentir, la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS y por tanto no puede tenerla como su afiliada ni recibir ningún aporte (archivo 9).

A su turno, la Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A presentó contestación en término resistiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. Sentó su inconformidad respecto al *petitum* de la demanda, al estimar que, se está en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, al suscribirse el formulario de afiliación de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta manera su afiliación (archivo 10).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 29 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera, (archivo 31):

*"***PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por la señora **LUZ PIEDAD CAICEDO DELGADO** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la **AFP COLMENA** hoy **PROTECCION** y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR** donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previsto en el literal q del articulo 13 y articulo 20 de la ley 100 de 1993, por el periodo en que administro las cotizaciones de la demandante, igualmente todo tipo de comisiones que haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones **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 en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PROTECCION** donde en alguna época estuvo afiliada la señora demandante a trasladar los recursos, correspondiente a los gastos de administración previstos en el artículo 13 y 20 de la ley 100 de 1993, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES.**

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la **AFP PROTECCION** y **PORVENIR** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2023. **SIN COSTAS** a cargo de Colpensiones.

CUARTO: 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."

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, de acuerdo a la historia laboral aportada en el expediente, la demandante se afilió por primera vez el 2 de agosto de 1990, para migrar en el año 1998 a la AFP Colmena hoy Administradora de Pensiones y Cesantías Protección y realizar un movimiento horizontal a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., encontrándose que, para la época del traslado, si estaba reglado el deber de información en la Ley 100 de 1993 y del caudal probatorio no se podía llegar a la conclusión que, la afiliada fuera asesorada en debida forma y de esta manera tomar una decisión consciente de su determinación, siendo procedente declarar la ineficacia del traslado. Por otro lado, expuso que, "*recursos que se ordenan devolver, pues, debo poner de presente, que yo hasta el año pasado tenía la posición, que únicamente se devolvía lo correspondiente a los aportes y los rendimientos, sin*

embargo, pues, teniendo en cuenta las modificaciones que sufrieron dichas decisiones por parte del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto que se debía ordenar devolver los gastos de administración y demás, entonces este año, cambié, acogiendo esta posición del superior, dicha planteamiento del H. Tribunal Superior de Bogotá y ordenaremos entonces devolver, tanto los aportes, los rendimientos, los gastos de administración y lo correspondiente entonces a las sumas que hayan sido descontadas o el denominado porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, las comisiones que hayan sido descontadas. En cuanto a las primas de seguro previsional, si revisando, pues, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, las decisiones del año 2012 y 2023, pues, veo que en algunas decisiones se ordenaba devolver primas de seguro previsionales y en otras no, entonces en eso si conservo mi posición, en cuanto a que, no ordeno devolver dichos valores, pues, considero son recursos que son destinados a terceros que tienen su sustento en el literal q, del artículo 13, de la ley 100 de 1993 y que tienen como fin proteger al afiliado de las contingencias de invalidez y muerte…"

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando para tal efecto que, no se tuvo en cuenta a la hora de proferir la sentencia que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen, solo se requería que el afiliado expresara su voluntad, la cual se entendía o se materializaba con la suscripción del formulario; por otro lado, considera que, no era viable imponer cargas legales que no se encontraban vigentes para dicha data. La administradora del RPM es un tercero que no se debe ver afectada con la celebración de los contratos entre la actora y las diferentes AFPs, pues esto afecta, la sostenibilidad financiera de la entidad; otro punto objeto de ataque, máxime que a la petente le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. En caso de confirmarse la sentencia, reclama se mantengan las condenas impuestas al fondo privado, debiendo condicionarse el cumplimiento de la sentencia hasta tanto no se trasladen los aportes a favor de la entidad.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

7. PROBLEMA JURÍDICO

i) ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, libre de vicios del consentimiento, supone que el traslado de régimen es válido?

ii) En el año 1998, las AFP no tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.

iii) la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

iv) se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al momento de sustentar su recurso y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la entidad.

1. De la ineficacia del traslado. Precisiones Jurisprudenciales.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que no se tuvo en cuenta que para la época en la que se efectuó el traslado de la actora, no se exigía documento diferente al formulario de afiliación; en este sentido se recuerda que era la AFP Colmena hoy la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que la administradora del

RPM tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada jurisprudencia ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su

decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

En virtud de lo anterior, se deberá condenar tanto a Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; 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. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

Con relación a lo expuesto por Colpensiones en su recurso de apelación en torno a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 23 de febrero de 1998, con destino a la AFP Colmena hoy la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección (f°. 36 archivo 10); diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración,

comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

3. Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos

respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir como a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

4. Costas en segunda instancia.

Acertada fue la determinación del *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones, al considerarse que la entidad no participó en el acto de traslado del demandante y, por ende, la responsabilidad no recaía en el organismo. Pese a lo anterior y dado el resultado desfavorable del recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas de esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de condenar tanto a Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y posteriormente, en el documento rubricado ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, además de los valores ordenados por el *A quo*, lo descontado por concepto de gastos de administración, ***las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia*** y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada una de esas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y posteriormente, en el documento rubricado ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, las sumas ordenadas.

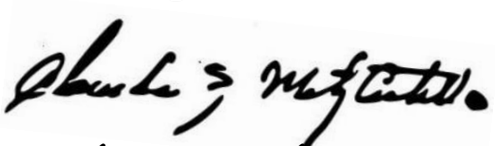
TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105012 2020 00254 01**
Demandante: **Cindy Johana Rodríguez Rojas**
Demandado: **Escuela & Agencia Británica de Idiomas S.A.S.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Cindy Johana Rodríguez Roa, demandó a la Escuela & Agencia Británica de Idiomas o Ex Experience Idiomas S.A., con el fin que se declare: *i)* la existencia de un contrato laboral sin solución de continuidad; *ii)* que trabajaba 5 días a la semana en un horario de 7:00 a.m a 8:00 p.m; *iii)* que se deben incluir las comisiones por ventas y horas extras devengadas; *iv*) que el salario devengado era de $4.308.910, aproximadamente; *v)* la ineficacia de la cláusula 3, 4 y 5 de los contratos celebrados; *vi*) que se descontaron valores, respecto de los cuales no medió autorización y por ello, se deben devolver estos dineros; *vii)* que no se liquidaron las acreencias con los salarios realmente devengados; *viii)* que el despido fue injusto; *ix)* que la demandada actuó de mala fe; *x)* que Leidy Campo Nieves debe responder solidariamente como socia de la empresa.

Como pretensiones declarativas subsidiarias, señala que fue despedida por su enfermedad, encontrándose con estabilidad laboral reforzada y sin mediar autorización del Inspector del Trabajo, tornándose nula su desvinculación, debiendo ordenarse el reintegro a sus labores o a un cargo de igual categoría.

Peticiona como condena: *i)* el pago del reajuste de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y cesantías, con el salario realmente devengado, entre 2017 y 2020; *ii)* la devolución de los descuentos prohibidos; *iii)* las horas extras laboradas, así como las primas de servicio, de 2018 a 2020, teniendo en cuenta las comisiones por venta; *iv)* las vacaciones causadas entre 2017 a 2020; *v)* reliquidación de las prestaciones sociales; *vi)* sanción moratoria por no pago de cesantías, prestaciones sociales e intereses de cesantías; *vii)* indemnización por despido injusto; *viii)* que Leidy Campo Nieves debe responder solidariamente hasta por el monto de sus aportes; *ix)* Costas.

Como condena subsidiaria, reclama, el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se reintegre a su trabajo y se paguen las prestaciones a que tiene derecho, desde su desvinculación sin solución de continuidad.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de las pretensiones indicó que: i) trabajó al servicio de la demandada desde el 11 de septiembre de 2017 al 7 de enero de 2020, a través de varios contratos a término fijo de 3 meses, siendo el primero de ellos, liquidado el 11 de diciembre de 2017; el segundo, inició el 3 de enero de 2018, y a partir del 1 de octubre de 2018, se suscribió otrosí, en el que, se pasaba a término indefinido, feneciendo el 7 de enero de 2020; ii) el servicio fue prestado sin solución de continuidad; iii) no le fueron consignadas las cesantías del año 2017; iv) se desempeñó como asesora comercial, con un horario de 7:00 a.m a 8:00 p.m; v) su asignación salarial correspondía al mínimo legal mensual vigente más comisiones por las ventas de los cursos de idiomas; vi) durante su vínculo laboral devengó mensualmente, la suma de $4.308.910; vi) los aportes al sistema de seguridad social fueron realizados conforme al salario mínimo de cada anualidad; vii) las cláusulas 3, 4, y 5 se tornan en abusivas; no se hizo devolución de los descuentos por retención en la fuente y Reteica; viii) no le fueron reconocidas las horas extras diurnas laboradas; ix) presenta un

trastorno de ansiedad y depresión y a la fecha de radicación de la demanda, se encuentra en recuperación y sin poder continuar con los tratamientos, dado el incumplimiento del empleador; x) desde que empezaron a expedirle incapacidades, iniciaron los malos tratos y barreras para que no fuera atendida su enfermedad, omitiéndose las recomendaciones médicas y recargándole el trabajo; xi) el 26 de noviembre de 2019, presentó queja de acoso, pero no se tomó ninguna medida por parte del Comité de Convivencia; xii) el 7 de enero de 2020, le fue terminado el contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fuero de acoso laboral y la estabilidad laboral reforzada; xiii) el despido se dio por sus limitaciones físicas; xiv) no fue solicitado permiso para despedirla, xv) no le ha sido pagada la sanción del artículo 26 de la Ley 361, ni la liquidación definitiva de salarios, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones con el salario realmente devengado; no se efectuó el pago oportuno de aportes a salud.

3. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 14 de agosto de 2020 (archivo 2), y la misma fue admitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 28 de enero de 2021, (archivo 5).

La demanda fue notificada al correo electrónico campojohana6@gmail.com el 11 de febrero de 2021, siendo este recibido por la destinataria, de acuerdo a la certificación emitida por la empresa de mensajería e-entrega (archivo 6).

La Escuela & Agencia Británica de Idiomas o Ex Experience Idiomas S.A.S., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al considerar que, entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajo, en interregnos de tiempo diferentes y cumpliendo un horario de 48 horas semanales y no reconocía comisiones, sino unos beneficios, que no eran constitutivos de salario. Como medios exceptivos propuso los que denominó, solución de continuidad en los contratos de trabajo celebrados con la demandante; no hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, ni de aportes sociales; pago de indemnización por despido injusto, cobro de lo no debido; ausencia de incumplimiento en el pago de horas extras; inexistencia de

trato discriminatorio y no cumplimiento de los presupuestos para solicitar estabilidad laboral reforzada; buena fe y prescripción.

En apretada síntesis sostuvo la convocada que, entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajos a término fijo, siendo estos ejecutados en diferentes interregnos de tiempo, el primero de ellos, el 11 de septiembre de 2017 hasta el 11 de diciembre de 2017, siendo preavisado, sin embargo, de mutuo acuerdo se suscribió un otrosí para prorrogar la vigencia del mismo hasta el 23 de diciembre de la misma anualidad; el segundo, del 3 de enero de 2018 al 3 de abril del mismo año, prorrogándose hasta el 15 de diciembre de 2018, conforme a añadidura firmado el 4 de abril de 2018, pero el 1° de octubre de 2018 se rubrica una adición al mismo, en el que deciden mutar el contrato a término indefinido, como asesora comercial, devengando un salario mínimo legal mensual para cada anualidad, sin pactarse el pago de comisiones por ventas y los pagos adicionales fueron realizados por mera liberalidad y de acuerdo al cumplimiento de metas mensuales; de las cláusulas alegadas como abusivas y descuentos de retención en la fuente y reteica, estima que los primeros, tienen sustento en normas laborales vigentes y las siguientes en el estatuto tributario. Nunca se informó a la institución del diagnóstico médico y el finiquito contractual obedeció a una justa causa, acaecida por una discusión entre compañeras de trabajo, tal y como se podía colegir de la diligencia de descargos. De los pagos por concepto de acreencias laborales, indicó que, estos se realizaron de conformidad con los salarios debidamente pactados (archivo 7 del expediente digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 6 de diciembre de 2022 dispuso (archivo 23).

> "**PRIMERO: ABSOLVER** a la ESCUELA & AGENCIA BRITÁNICA DE IDIOMAS O EX EXPERIENCIE IDIOMAS SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora CINDY JOHANA RODRÍGUEZ ROA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la accionante e inclúyanse como agencias en derecho la suma de $500.000.

> **TERCERO**. En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandante, remítase el expediente al Tribunal superior de Bogotá – Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor."

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, siendo el primero de ellos, a término fijo, entre el 11 de septiembre al 23 de diciembre de 2017 y el segundo a término indefinido entre el 3 de enero de 2018 y el 7 de enero de 2020, no pudiéndose declarar un solo contrato de trabajo, al liquidarse el primer contrato y no continuar prestándose los servicios, entre uno y otro contrato; respecto a la estabilidad laboral reforzada, "encuentra el despacho que no se probó que la demandante gozara de estabilidad laboral reforzada, pues, si bien se le diagnosticó trastorno de ansiedad, no se probó que, a la fecha de culminación del vínculo, 7 de enero de 2020, estuviera incapacitada o en tratamiento de dicha enfermedad, como tampoco se denota que se encontrara en una situación de salud que le impidiera el cabal desempeño de sus funciones, tan así que solo aparecen 2 incapacidades, una por 5 días en septiembre y otra por un día en noviembre, ambas de 2019. Así las cosas, es claro para el despacho que, la accionante al momento de la terminación de la relación laboral no gozaba de estabilidad laboral reforzada, en tanto, se itera, pese a la patología que padece, no estaba incapacitada, no tenía tratamientos, ni recomendaciones, y menos aún, su estado de salud le impedía el cabal desempeño de las funciones"; por otro lado, dedujo que, no era viable declarar la ineficacia de las cláusulas contractuales, al encontrarse ajustadas a derecho y no ir en contravía de los derechos de la trabajadora; tampoco se probó que la actora devengara comisiones por ventas, ni bonificaciones y mucho menos el porcentaje o monto que le eran reconocidos estos conceptos, máxime que, en el segundo concepto, de acuerdo al caudal probatorio, se podía colegir que, era necesario cumplir una meta grupal, luego entonces, al no tenerse como factor salarial las comisiones y bonificaciones, de suyo, tampoco saldrían avante los reclamos por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, excedente de pago de aportes a seguridad social y sanciones e indemnización; finalmente expuso que escapaba de la órbita de la jurisdicción la resolución de conflictos atinentes a retención en la fuente y reteica.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante interpone recurso de apelación, al estimar que, se debe revocar la sentencia de primera instancia por los siguientes motivos:

a. Entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con otrosí indefinido entre el 11 de septiembre de 2017 y enero de 2020, al no haberse interrumpido el convenio por un lapso superior a 30 días.

b. El salario devengado por la actora corresponde a $4.308.910, de acuerdo a los desprendibles aportados con la demanda, debiendo pagarse cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, horas extras diurnas, así como los aportes al sistema de seguridad social, durante el tiempo laboral con este monto.

c. Se deben devolver las sumas descontadas sin autorización de la trabajadora, sin indicar a qué conceptos hacía referencia ni dar argumento adicional.

d. Las comisiones y bonificaciones tienen connotación salarial, al ser remuneraciones regulares y actuales, conforme a lo dicho por la testigo Viviana.

e. La demandada actuó de mala fe, al no pagar las prestaciones con el salario realmente devengado y por ello, debe condenarse al pago de la respectiva sanción.

f. De la ineficacia cláusulas "se pudo demostrar que cláusulas abusivas estipuladas en el contrato de trabajo de mi poderdante, por tanto, se debe declarar la nulidad de estas y pues su señoría no lo hizo", a renglón seguido, ahondó en este punto "en cuanto a las cláusulas del contrato, la ley colombiana, en su código, contiene una serie de derechos y garantías mínimas que se deben reconocer al trabajador y estas no pueden ser desconocidas por el empleador, afectadas o disminuidas, es por ello, que cualquier escrito del contrato de trabajo, que desconozca o vulnere lo que consagra el Código Sustantivo de Trabajo es ineficaz, por expreso mandato del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo", finalizando su intervención indicando que, "se aportaron los debidos contratos de trabajo, con las debidas cláusulas eficaces, y su señoría, no realizó la debida valoración".

g. Al no haberse efectuado la consignación de las cesantías del año 2017, estas deben pagarse en forma completa y adicional a ello, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

h. De la estabilidad laboral reforzada, indicó "la demandada debe realizar el pago de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 del 97 a mi poderdante y que se proteja por

estabilidad laboral reforzada, de acuerdo a su historia clínica, también que ella fue despedida de su trabajo en estado de debilidad manifiesta y sin previa autorización del Inspector del Trabajo. Además, que se pudo demostrar que mi poderdante fue despedida por su enfermedad" y posteriormente expuso frente a este tema que, "*la estabilidad laboral de mi poderdante, la ley 361, en su artículo 26, indica que, en ningún caso, la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar el vínculo laboral, mi poderdante, fue despedida, ella ya había presentado varias incapacidades y esto da para que la empresa se dé por notificada de que mi poderdante estaba en un tratamiento médico…*".

i. De la retención en la fuente expuso "con respecto a la obligación de consignar las retenciones practicadas, cabe señalar que es tan importante, que, de no hacerlo, la declaración de retención en la fuente se considera ineficaz de pleno derecho, a mi poderdante se le aplicaba el procedimiento de retención en la fuente, según el Estatuto Tributario y eso está probado con los desprendibles que se aportaron en la demanda".

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Escuela & Agencia Británica de Idiomas o Ex Experience Idiomas S.A.S., solicita se confirme la sentencia de primera instancia. A su turno, la demandante, se ratifica en los argumentos esgrimidos a la hora de sustentar la alzada.

7. PROBLEMAS JURIDICOS

Debe la Sala entrar a resolver, si en el sub examine; *i)* se puede declarar la existencia de un único contrato de trabajo, entre las partes o si, por el contrario, la naturaleza de los acuerdos suscritos entre las partes, dejan entrever varias vinculaciones laborales; *ii)* si el salario de la actora lo fue de $4.308.910, y en consecuencia tiene derecho a la reliquidación de prestaciones, sanción por no consignación de las cesantías del año 2017 y aportes a pensión; *iii)* si la demandada está obligada a la devolución de unos descuentos que dice la demandante le fueron aplicados sin ella haber autorizado; iv) si la empresa actuó de mala fe, y en consecuencia esta llamada al pago de la sanción prevista en el artículo 65 del CST; *v)* de acuerdo con las pretensiones expuestas en el líbelo genitor, se deberá determinar si es procedente declarar la ineficacia de las cláusulas 3, 4 y 5, del contrato de trabajo, ello, dándole intelección al recurso de apelación, pues, en este no se indicó, en forma clara la inconformidad

respecto a la sentencia emitida por la juez de primera instancia, en este aspecto; *vi)* si a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, la actora era un sujeto de protección en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y, en consecuencia, tiene derecho al pago de la indemnización allí prevista.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación y de manera ordenada para desatar todos los puntos objeto de reproche.

Del contrato de trabajo.

Está probado que la demandante se vinculó laboralmente con la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas S.A.S., el 11 de septiembre de 2017 mediante contrato de trabajo a término fijo de tres meses, para desempeñar labores de "ejecutiva de admisiones" con una remuneración equivalente al smlmv (fls. 37 del archivo 9 del expediente digital), convenio que fue adicionado con otrosí, en el que se pactó extender el vínculo laboral hasta el 23 de diciembre de 2017 (fls. 44 del archivo 9 del expediente digital).

El 3 de enero de 2018, las partes, nuevamente, suscriben contrato de trabajo a término fijo, por el término de 3 meses, para que la actora se desempeñe como "ejecutiva de admisiones", con una remuneración equivalente al salario mínimo de la época, adicionándose el contrato, con otrosí, respecto a la fecha de fenecimiento del vínculo contractual, y teniendo ahora, como extremo final, de este, el 15 de diciembre de 2018; sin embargo, para el 1° de octubre de 2018, las partes deciden mutar las condiciones contractuales, en el sentido, de tener su contrato ya no a término fijo, sino bajo la modalidad de indefinido.

En aras de resolver, el primer problema jurídico, debemos traer a colación lo preceptuado en el artículo 3º de la Ley 50 de 1990, que subrogó al artículo 46 del CST prevé:

> "El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.
>
> 1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.
>
> 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales, el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente."

A su turno, el artículo 47 del CST dispone:

> "1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.
> 2o) El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el {empleador} lo reemplace. En caso de no dar aviso oportunamente o de cumplirlo solo parcialmente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8o., numeral 7o., para todo el tiempo, o para el lapso dejado de cumplir."

Para tal efecto, se tiene copia de los contratos de trabajo suscrito entre las partes, con otrosí, certificación laboral y liquidaciones de acreencias laborales (folio 37, 44, 46, 53, 55 del archivo 9 del expediente digital), de los que se obtiene que, Cindy Johanna Rodríguez Roa, prestó los servicios a favor de la demandada, de la siguiente manera:

Desde	Hasta	Cargo	Interrupción	Tipo de Contrato	Liquidado
11/09/2017	11/12/2017	Ejecutiva de Admisiones	N/A	Término fijo de 3 meses	No
1/12/2017	23/12/2017	Ejecutiva de Admisiones	No	Otrosí que prorrogó hasta el 23 de diciembre de 2017	Si
3/01/2018	3/04/2018	Ejecutiva de Admisiones	10 días	Término fijo de 3 meses	No
4/04/2018	15/12/2018	Ejecutiva de Admisiones	0	Prórroga de contrato	No
1/10/2018	7/01/2020	Ejecutiva de Admisiones	0	Otrosí cambiando contrato a término indefinido	Si

En este sentido, se puede colegir sin elucubración alguna que, desde el 11 de septiembre de 2017 hasta el 7 de enero de 2020, la demandante, fue vinculada al servicio de la Escuela & Agencia Británica de Idiomas, como ejecutiva de admisiones, pactándose, como retribución el mínimo legal mensual para la época de suscripción de los contratos, amén que, el convenio suscrito en el año 2017 con el celebrado en enero de 2018, medió una interrupción de apenas 10 días, verificándose una unidad o continuidad en el vínculo laboral, al celebrarse el

nuevo, para ejercer las mismas funciones y con el mismo salario que el convenio anterior (sentencia SL981-2019 y SL1614-2023).

Consecuencia de lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia, en el sentido, de declarar que, entre las partes, existió un único contrato de trabajo y no dos, entre el 11 de septiembre de 2017 y el 7 de enero de 2020, en su modalidad a término indefinido.

De las cláusulas contractuales.

Censura la promotora litigiosa, que las cláusulas contractuales son ineficaces, y aunque en la alzada, no señala en forma clara en qué consiste tal irregularidad, de acuerdo con lo expuesto en el introductorio, se encuentra zanjado respecto a la 3, 4 y 5 de los contratos de trabajo suscritos por las partes.

El juez de primer grado concluyó que, de la lectura de las mismas, estas se encontraban ajustadas a derecho y no fueron pactadas en contravía de los derechos laborales de la actora, agregando que, respecto a las horas extras, el empleador también tiene derecho a controlar la jornada a efecto de su pago y más en el sistema de riesgos laborales.

Las mencionadas disposiciones señalan:

> "**Tercera: Pagos no constitutivo de salario**. De conformidad con el artículo con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, las partes acuerdan que todo subsidio, beneficio o auxilio que llegue a recibir el **TRABAJADOR** en dinero o en especie, permanentemente u ocasional, no constituyen salario y en consecuencia, no serán tenidas en cuenta para efectos de calcular el valor de vacaciones, indemnizaciones, prestaciones sociales y, en general, para el pago de cualquier otra acreencias de carácter laboral o en materia de seguridad social y parafiscales.
>
> **Cuarta.** Todo trabajo suplementario o en horas extras y todo trabajo en día domingo o festivo en los que legalmente debe concederse el descanso, se remunerará conforme a la Ley, así como los correspondientes recargos nocturnos. Para el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, dominical o festivo el **EMPLEADOR** o sus representantes deben autorizarlo previamente por escrito. Cuando la necesidad de este trabajo se presente de manera imprevista o inaplazable, deberá ejecutarse y darse cuenta de él por escrito, a la mayor brevedad, al **EMPLEADOR** o sus represented. El **EMPLEADOR,** en consecuencia, no reconocerá ningún trabajo suplementario o en días de descanso legalmente obligatorio que no haya sido autorizado previamente o avisado inmediatamente, como queda dicho.
>
> **Quinta: Jornada laboral y horario.** El **TRABAJADOR** se obliga a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por el **EMPLEADOR**, pudiendo hacer éste ajustes o cambios de horario cuando lo estime conveniente. Por el acuerdo expreso o

> táctico de las partes, podrán repartirse las horas de la jornada ordinaria en la forma prevista en el artículo 164 del código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 23 de la ley 50 de 1990, teniendo en cuenta que los tiempos de descanso entre las secciones de la jornada no se computan dentro de la misma, según el artículo 167 del código Sustantivo de Trabajo"

De la lectura desprevenida de las cláusulas censuradas, en manera alguna, las estipulaciones allí consagradas, vulneran los derechos mínimos de la trabajadora, así como tampoco, la jornada máxima legal permitida para prestar los servicios, a la luz, de lo dispuesto en el artículo 164 del CST, por lo que, en lo atinente a este punto, se confirmará la sentencia de primer grado.

Salario-comisiones-bonificaciones.

Afirma la actora en la demanda que, en vigencia de la relación laboral, además del salario básico pactado, le eran pagadas comisiones por las ventas de los cursos de idiomas que realizara, ascendiendo dicho concepto a la suma de $4.308.910.

El *a quo* concluyó que, no se había aportado documento alguno en el que se acreditara el pago de las comisiones por venta, pues en la cláusula 2° del contrato, se indica la forma en cómo se remunerarán, pero en ningún acápite se señaló que las devengaría y de acuerdo al interrogatorio de parte, la representante legal, informó que este concepto no era reconocido en el centro educativo y que las bonificaciones eran pagadas por mera liberalidad, pero no todos los meses, al depender de la gestión y resultado del departamento o área en la cual se encontraba la ex trabajadora, sin embargo, cuando se entregaba dicho dinero, se realizaban retenciones en la fuente y reteica, concluyéndose que, al no retribuirse el servicio prestado por la trabajadora o ser este destinado para su beneficio, sino para el cabal desempeño de sus funciones, no procedía la condena solicitada.

El artículo 127 del CST señala:

> "Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

A su turno, el artículo 128 ibídem, contempla:

> "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se recuerda que, el trabajador, inicialmente debe demostrar la regularidad o habitualidad de los pagos, y es el empleador quien debe probar que el pago de ese emolumento estaba dirigido a otro propósito diferente que la retribución del servicio, como puede ser la prestación eficiente de este o que, fue entregado por mera liberalidad, de forma ocasional y no ingresa al patrimonio del trabajador. Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral entre otras en las sentencias SL 4313-2021 y SL 986 de 2021.

Cuando una suma de dinero constituye salario y cuando no, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado los criterios para ello, a saber, en la sentencia SL5146 de 2020:

> "…Pues bien, desde el punto de vista jurídico, propio del primer cargo, la Sala ha establecido varias reglas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario, en los términos previstos en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Tales pautas pueden resumirse de la siguiente manera:
>
> 1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.° del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).
>
> Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en

cada caso concreto. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó:

> El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.
> En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).
>
> Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones». Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

> (…) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para

garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).
4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, se señaló:

> El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».
>
> La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220- 2017).
>
> Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.
>
> Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado

> u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.
>
> Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.
>
> 6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159- 2018).»"

Con dichos parámetros, debe verificarse entonces, si conforme a la realidad probatoria, el pago cuestionado remuneraba o no el servicio prestado.

Se adosaron al plenario, comprobantes de egreso (folios 93 a 96 del archivo 4 del expediente digital), en los que se vislumbra el pago de bono por cumplimiento, efectividad y de prestación de servicios, para los meses de abril, septiembre, noviembre y diciembre de 2018, por valor de $2.438.901, $1.952.341; $1.843.708 y $2.343.597, respectivamente (folio 93 a 96 del archivo 4). Adicionalmente, para el año 2019, se encontró el pago de las aludidas bonificaciones, en comprobantes de egreso y desprendibles de nómina de los meses de marzo, julio, junio, mayo, abril, agosto por valores de $3.548.640; $4.778.918; $3.613.979; $2.300.346; $1.735.455 y $4.955.569 (folios 97, 98, 100-103 del archivo 4 del expediente digital), documentos, que vale la pena resaltar, no fueron desconocidos, por ninguno de los sujetos procesales.

La representante legal de la empresa demandada, en interrogatorio de parte aceptó el reconocimiento de bonificaciones a favor de la trabajadora, sin embargo, aclaró que ellas dependían de los indicadores o presupuestos del área o equipo de admisiones, y en tal sentido, había meses que se reconocían y pagaban y otros meses no.

La actora, reafirmó que recibía como pago el salario, las comisiones y unas bonificaciones, que dependían de la meta propuesta por la empresa.

Como testigos declararon: **Jennifer Buitrago Castañeda**, trabajó para la escuela de Idiomas, aproximadamente 8 meses, desde febrero hasta septiembre del 2019, en el cargo de ejecutiva de admisiones, contó que, en la empresa, se devengaba el salario mínimo, unas comisiones y bonos por cumplimiento, es decir, que dependían de la meta que pusiera la directora de admisiones y por ello, era variable. **Viviana García Calderón**, en calidad de directora de talento humano, narró que los trabajadores de la empresa devengaban el salario mínimo y recibían bonos adicionales, pero ellos, se reconocían de acuerdo a la gestión desplegada y eran fijados por la gerencia y el director de admisiones, siendo variable dicho concepto.

Debe resaltarse que, en la cláusula segunda, del contrato primigenio, se estipuló, únicamente, que, en caso de reconocimiento de comisiones o salario variable, el "82.5% de dichos ingresos, constituye remuneración ordinaria y el 17.5% restante esta designado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos que tratan los capítulos I y II del título VII del Código Sustantivo de Trabajo", siendo estas un incentivo dado a una persona, por la labor desplegada en una venta o negocio, que resultó favorable para la empresa, no sucediendo lo mismo con las bonificaciones, ya que, estas se reconocen, bien sea como una forma de estimular al trabajador para mejorar su rendimiento.

De las pruebas relacionadas, se puede concluir que, las aludidas bonificaciones, permitieron remunerar a la trabajadora, bien fuera por las metas que hubieran cumplido en el departamento de admisiones o de manera individual, amén que, en las oportunidades en que se efectuaron estos pagos, los montos reconocidos superaban los dos salarios mínimos para el año 2018 y para 2019, en algunos meses, Cindy Johana recibió un pago superior a los 3 y 4 smlmv, de manera adicional a su salario básico, siendo improbable que, un trabajador, reciba, por mera liberalidad, sumas que excedan a aquel, luego entonces, los valores pagados y a los cuales se les denominó "bonificaciones" son factores salariales y por ende, hacen parte del salario de la trabajadora, al retribuirse con ellos, los servicios de esta.

Entonces, al encontrarse ligadas las bonificaciones, con el desempeño de la trabajadora, las mismas son retributivas y deben tenerse en cuenta a la hora de liquidar prestaciones sociales y demás acreencias, entre ellas, los aportes al sistema de seguridad social. Pese a lo anterior, solo es posible realizar la reliquidación de acreencias del año 2019, pues, la liquidación de derechos laborales del año 2018, no fue acopiada, no siendo viable realizar cálculos y suposiciones sobre los valores a reconocer a favor de la ex trabajadora.

Frente al pago de horas extras la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: "(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas".[1] Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días.

Ahora bien, para obtener el reconocimiento y pago del trabajo suplementario deprecado es necesario recurrir a la demostración mediante el aporte de la prueba pertinente por parte del interesado, al tenor de los dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía en materia laboral, según lo dispuesto en el artículo 145 del CPT y de SS, es decir, se impone a la parte que alega en su favor un derecho la de probar el hecho de donde se deriva o tiene su fuente. Entonces, siendo la prueba el medio legal idóneo que sirve para demostrar los hechos que se alegan ante las autoridades legales, es preciso que la prueba se produzca para que pueda ser calificada.

Teniendo en cuenta estos planteamientos, al estudiar el material probatorio recaudado, es palmario para la sala que no existe prueba alguna en la cual se pueda colegir con claridad y precisión cuáles fueron los días efectivamente laborados por la actora, ni en que horarios prestó sus servicios, en vista a que la única prueba arrimada al respecto, fue el testimonio de Jennifer Buitrago Castañeda, quien trabajó en la empresa demandada junto con la actora y afirmó que ella laboraba en turnos, de 8 de la mañana a 6 de la tarde, de 9 de la mañana a 8 de la noche y el otro horario dependía de las citas que hubieren programadas, pero no tiene certeza que días con exactitud le tocaba a la demandante prestar sus servicios en jornada superior a la establecida en los

[1] Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

turnos, asignados por la empresa; lo que en suma impide determinar las horas extras, dominicales y festivos trabajados por la demandante. Luego, al no poderse establecer con precisión los días festivos y dominicales laborados, como tampoco las horas extras nocturnas laboradas resulta imposible establecer el monto de lo adeudado por estos conceptos y de contera lleva a la no prosperidad de la reliquidación de los salarios y las acreencias laborales impetradas, teniendo en cuenta este concepto.

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2019					
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2019	Hasta	31/12/2019	
	Salario fijo mensual:	$ 3.488.817,83			
	Auxilio transporte:	$ -			
	Factor Variable	$ -			
	Salario diario:	$ 116.293,93			
	Días trabajados:	180			
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados / 360	**$ 1.744.408,92**			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% / 360	**$ 104.664,54**			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre / 360	**$ 1.744.408,92**			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados / 720	**$ 872.204,46**			

No se pasa inadvertido que la demandante reclama el pago de las cesantías e intereses del año 2017, sin embargo, revisadas las piezas procesales se tiene a folio 88 del archivo 9, obra copia de la liquidación efectuada para dicha calenda, pero hasta el día 23 de diciembre, procediendo el reconocimiento y pago de este concepto entre el 24 y 30 del mismo mes y año, la cual arroja como resultado, la siguiente;

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017					
Periodo de liquidación	*Desde*	*24/12/2017*	*Hasta*	*31/12/2017*	
	Salario fijo mensual:	*$ 737.717,00*			
	Auxilio transporte:	*$ 83.140,00*			
	Factor Variable	*$ -*			
	Salario diario:	*$ 27.361,90*			
	Días trabajados:	*7*			
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados / 360*	***$ 15.961,11***			
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12% / 360*	***$ 37,24***			

Al tenerse certeza que la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS, hizo la consignación de las cesantías causadas durante el año 2018, pero que allí no se tuvieron en cuenta las bonificaciones pagadas a la trabajadora, es procedente, reliquidar dicho concepto de la siguiente manera;

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2018 abril-septiembre-noviembre-diciembre					
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/01/2018*	*Hasta*	*31/12/2018*	
	Salario fijo mensual:	*$ 2.295.204,50*			
	Auxilio transporte:	*$ 83.140,00*			
	Factor Variable	*$ -*			
	Salario diario:	*$ 79.278,15*			
	Días trabajados:	*120*			
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*	***$ 792.781,50***			
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*	***$ 31.711,26***			

De la estabilidad laboral reforzada.

Aduce la parte recurrente que, al momento del despido, la trabajadora gozaba de estabilidad laboral reforzada, debido a un trastorno de ansiedad y depresión, que padece, y pese a ello, el empleador no solicitó permiso u autorización al Ministerio de Trabajo para dar fin al contrato laboral que los ataba, sumado a que, se encuentra en recuperación a la fecha de radicación del líbelo introductorio y sin tratamiento médico, debido al incumplimiento de la demandada.

El demandado negó que el fenecimiento del vínculo hubiera acaecido por los quebrantos de salud de la actora, por el contrario, expuso que, no tenían conocimiento de su diagnóstico médico y que el finiquito contractual obedeció a una justa causa, debido a una discusión entre compañeras de trabajo, como se podía comprobar en el acta de descargos celebrada en ese momento.

El *a quo* para resolver el problema jurídico planteado, estimó que, en el *sub examine,* no se encontraba acreditado que, para la fecha de la terminación del

contrato la promotora litigiosa tuviera incapacidad médica, ni que los padecimientos médicos impidieran el desarrollo de sus funciones.

Para resolver las bifurcaciones planteadas, se tendrá en cuenta lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006, que a la letra señala:

> *"Artículo 1: El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*
>
> *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".*

Por otro lado, la misma norma convencional, en su artículo 27, preceptúa:

> *"1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:*
>
> *a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;*
> *b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;*
>
> *c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;*
> *d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;*
>
> *e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; -23-*

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;

g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.
2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio."

Esta convención fue aprobada mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, donde el Estado Colombiano se comprometió a promover y proteger los derechos fundamentales de las personas que tuviesen una discapacidad y para ello, debía adelantar las gestiones legislativas y administrativas idóneas.

De acuerdo a la responsabilidad contraída, se emitió la Ley 1618 del 27 de febrero de 2013, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, y dispuso:

*"**Artículo 2°. Definiciones**. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:*

***1. Personas con y/o en situación de discapacidad:** Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

***2. Inclusión social:** Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.*

***3. Acciones afirmativas:** Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.*

> ***4. Acceso y accesibilidad:*** *Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.*
>
> ***5. Barreras:*** *Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:*
>
> ***a) Actitudinales:*** *Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
>
> ***b) Comunicativas:*** *Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
>
> ***c) Físicas:*** *Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.”* *(Resaltado de la Sala)*

A su turno, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

> *“(…) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*
> *No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”*

Dicho precepto fue declarado exequible de manera condicionada en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia hito SL1154 de 2023 destacó dos aspectos importantes, a saber; en primer lugar, que este instrumento internacional es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en segundo lugar, que "la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7. º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año". Y con relación al alcance de la citada disposición normativa a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que la protección de estabilidad laboral reforzada se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

> *"a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.*
>
> *b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;*
>
> *c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso."*

Y con respecto a la existencia de las barreras, enfatizó que el trabajador tiene derecho a que las mismas luego de conocidas por el empleador, sean "mitigadas por el empleador, mediante los ajustes razonables". Y señala como ajustes razonables "una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

> *Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean*

imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador"

En ese sentido, al momento de evaluarse la situación de discapacidad y garantizar la estabilidad laboral reforzada, es imprescindible que queden probados tres elementos;

"(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.
"Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables..."

Siendo relevante anotar que, los criterios utilizados para definir y configurar la discapacidad y la protección por estabilidad laboral, por fuero de salud, parafraseando lo expuesto por el órgano de cierre, consisten en, encontrar acreditada una limitación o deficiencia física, psíquica o sensorial a mediano y largo plazo, que impida al trabajador interactuar, no solo en su entorno laboral, sino social, entendiendo ello, como los obstáculos que pueden presentarse respecto a las demás personas, en el campo actitudinal, comunicativo o físico, siendo estas barreras, la forma en cómo se puede impedir el acceso a espacios, objetos, servicios, información, consulta y adquisición de conocimiento.

Como medios de convicción se recepcionó el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, **Johana Campo,** quien informó que el contrato de trabajo con la demandante terminó, debido a un altercado violento que había tenido Cindy Johanna con una compañera de trabajo. A su turno, la demandante, dijo que, la empresa tenía conocimiento de sus quebrantos de

salud, agregando a su dicho, que cuando empezó a prestar sus servicios en la Escuela, no presentaba ningún inconveniente médico, sin embargo, para marzo de 2019, cuando fallece su mamá, empezó a tener depresión y trastorno de ansiedad. **Jennifer Buitrago,** expresó que, la actora le había comentado de sus quebrantos de salud y a su turno **Viviana García**, señaló que, recibió algunas incapacidades médicas emitidas a favor de la trabajadora, pero, que, en manera alguna se les habían allegado recomendaciones o restricciones a las labores.

Respecto a la prueba documental adosada al expediente, se tiene que, la Clínica de Nuestra Señora de la Paz, emitió incapacidad entre el 4 y 8 de septiembre de 2019, a favor de la demandante, al padecer de "TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO" y "PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ACENTUACIÓN DE RASGOS DE LA PERSONALIDAD" (folio 86 del archivo 4); presentándose por urgencias, al establecimiento hospitalario el 18 de noviembre de 2019, dándose su egreso, con orden de realizar 10 sesiones en la clínica, sin hospitalización y con una incapacidad de un día (folio 87-91 del archivo 4); sin embargo, adicional a dichas valoraciones, no obra prueba alguna, que acredite que las afectaciones en su salud, causaran una merma laboral o que Rodríguez Roa debiera prestar sus servicios con condiciones especiales.

Del acervo probatorio, se puede concluir que, en efecto, Cindy Johana Rodríguez Rojas presentó quebrantos de salud, con anterioridad al 7 de enero de 2020, donde le fueron ordenados controles con psiquiatría y psicoterapia por psicología; sin embargo, no obra prueba, que demuestre que tuviese una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, esto es, problemas en las funciones corporales de manera significativa, pues como lo ha señalado nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, no cualquier contingencia de salud puede ser considerada como discapacidad.

Además, brota por su ausencia el medio de convicción de la existencia de barreras, que le impidieran interactuar con su entorno laboral, y le obstaculizara ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás colaboradores, por el contrario, lo que está demostrado es que, a la promotora del litigio, le fue emitida incapacidad del 4 al 9 de septiembre de 2019 y posteriormente, el 18 de noviembre de 2019, pero con posterioridad a dicha

fecha, las únicas recomendaciones que se dieron, fue la realización de sesiones o terapias, situación que en manera alguna, da a entender que, Cindy Johanna debía prestar sus servicios en condiciones especiales.

Por otro lado, pero no menos importante, es que, la Escuela de Idiomas, dio por terminado el contrato, con carta fechada del 7 de enero de 2020, fundándola en que, "De acuerdo a la diligencia de descargos que usted presento el día 18 de diciembre del año 2019 y teniendo en cuenta los sucesos presentados se determina una falta grave el haber atentado física y verbalmente en contra de su compañera Auris Moguea; por lo tanto esto sustentado y contemplado en el artículo 62…" (folio 68 del archivo 9 del expediente digital) y al revisar el acta de descargos, esta informó qué "mi compañera Auris abusivamente se entrometió en la conversación empezó a decir a decir (sic) que ya le habían dado datos de ahí y que ya había dos matrículas de ahí a lo que se me genero una inquietud del porque se desacata una orden que el director había dado de los datos para mí. Mi compañera Auris cuando yo le solicite que me dejara hablar con mi jefe porque era con el quien estaba hablando ella me dice que no sea igualda yo le respondía que ella estaba acostumbrada a trabajar a producto del trabajo de los demás, mi compañera me dice que ella de mí no se iba a dejar y que si quería entonces escribiera 14 testamentos como lo hice para el comité de convivencia, a lo que me sentí agredida porque yo cite ese, en ese momento Felipe interviene y nos dice que nos calmemos y que todo merece respeto a lo que yo me disculpe y me di vuelta para seguir pidiendo las fichas y la documentación que estaba haciendo con la asistente comercial, mi compañera empezó a hacer pistolas con sus dedos a lo que respondí que se le notaba la educación y me volví voltear en el momento mi compañera grito la loca de la empresa enferma mental se rio y dijo enferma o retrasada mental (hay testigos de lo sucedido Gabriela, Felipe Cruz), yo perdí el control ya que no (sic) condición es algo delicada y la discusión con ella era reiterativa y me estaba haciendo entrar en un endiosado de ansiedad me volteé y la empuje, mi compañera me respondió con un piño (sic) con un esfero en la cara, yo tengo una prótesis y me la aflojo, lesionando mi diente, nos fuimos a palabras mayores yo reconozco que le dije groserías de la mima (sic) manera que ella me lo dijo a mi después del altercado, aun cuando nos alejaron ella seguía riéndose de mi diciendo que yo era la loca de la empresa y que todos se reían de eso" (folio 61 del archivo 9 del expediente digital), aceptando a renglón seguido, que su conducta no fue la correcta o idónea y que la misma constituía una falta grave.

Sumado a esto, no puede pasarse por alto que al hacerse un estudio de las reglas objetivas, que deben tenerse en cuenta a la hora de resolver una solicitud de estabilidad laboral reforzada, no se encuentra acreditado que Cindy Johanna Rodríguez Roa, tenga una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, máxime, que la afectación por ansiedad y rasgos de personalidad, no puede ser considerada como una discapacidad; en segundo lugar, tampoco se encuentra que la trabajadora tenga barreras para desplegar

su fuerza laboral en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, pues tal situación, no fue acreditada en el cartapacio procesal.

Resaltándose que, en este tópico, le correspondía al accionante acreditar no solo la existencia del diagnóstico de reconstrucción de "TRASTORNO DE ANSIEDAD, NO ESPECIFICADO" y "PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ACENTUACIÓN DE RASGOS DE LA PERSONALIDAD", pues este por sí solo no dispensa protección, sino que también la existencia de la barrera, y que el empleador conociera de esta para que pudiera hacer los ajustes razonables.

En síntesis, de los medios de convicción reseñados en precedencia, se colige que la patología que presentó Cindy Johana Rodríguez Rojas, no constituye complicación considerable en su estado de salud, que la hagan merecedora a la especial protección reclamada. De ahí que, al no haberse demostrado que su contrato de trabajo finalizó por razón de su discapacidad, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997

Devolución de los dineros retenidos por retención en la fuente.

Reprocha la apelante, que no se hubiere ordenado la devolución de los dineros descontado, en su sentir, ilegal, por la demandada, por concepto de retención en la fuente y reteica, es así, como para resolver la dicotomía planteada, se tiene que, la norma que regula estos aspectos, es el artículo 365 del Estatuto Tributario, en el que se estipula, que las sumas retenidas a los trabajadores son remitidas o entregadas a la DIAN, por lo tanto, el reclamo de estos concepto, deberá realizarse por vía diferente al trámite procesal ordinario laboral (sentencia 35435-2008, sentencia SL2973-2018).

Aportes a seguridad social en pensión.

No obstante que en el proceso no se allegó historia laboral, ni se indicó el fondo o administradora a la que se encuentra afiliada la trabajadora, también es cierto que al ser derechos sociales e irrenunciables de la dadora de laborío, se ordenará a la Escuela & Agencia Británica que realice el pago por este concepto, ante el fondo que se encuentre afiliada la demandante, teniendo en cuenta el siguiente ingreso base de cotización, previo a realizar el descuento de los valores

que ya fueron pagos y no a través de un cálculo actuarial, como se reclama en la alzada, sino, corrección de aportes ante el fondo respectivo, con los intereses que se generen sobre estos conceptos.

Mes y Año	**Base de Cotización**
Abril de 2018	$ 2.438.901
Septiembre de 2018	$ 1.952.341
Noviembre de 2018	$ 1.843.708
Diciembre de 2018	$ 2.343.597
Marzo de 2019	$4.096.353
Abril de 2019	$3.613.979
Mayo de 2019	$2.300.346
Junio de 2019	$3.613.979
Julio de 2019	$1.735.455
Agosto de 2019	$4.778.918

De la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990.

Aduce la demandante en su apelación que el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena fe, toda vez que no canceló a la actora la liquidación de acreencias, con el salario realmente devengado y tampoco consignó las cesantías causadas para el año 2017, debiendo realizar dicho trámite.

Sobre ello, conviene precisar que, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás acerca de que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales, o en la no consignación de las cesantías, lo exonera de la indemnización moratoria.

El citado artículo establece que el 31 de diciembre de cada año deberá realizarse la liquidación respetiva de las cesantías, sin perjuicio de efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato, indicando además que el valor liquidado por este concepto se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo que éste haya elegido, de no ser así, el empleador debe pagar un día de salario por cada día de retardo.

Se trata, de una sanción que, como lo ha admitido la jurisprudencia laboral en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma. (CSJ SL1413-2022).

En el caso a estudio, es claro que las partes suscribieron inicialmente un contrato a término fijo por 3 meses, a partir del 11 de septiembre de 2017, el que se extendió con un otrosí hasta el 23 de diciembre del mismo año, fecha en la que el empleador efectuó y pago la liquidación definitiva (fl° 88 del archivo 9), razón por la cual al terminarse el vínculo antes de generarse la obligación de consignar las cesantías, bien podía hacer el dador del empleo realizar el pago directo. Ahora bien, cosa diferente fue que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se haya determinado en esta instancia que la relación laboral habida entre las partes fue una sólo y no dos como lo sostuvo el demandado, pero para efectos del análisis de la buena o mala fe de la no consignación de las cesantías del año 2017, la conclusión de un único contrato, no podría conllevar a afirmar que hubo mala fe del demandado.

Con respecto a la sanción establecida en el artículo 65 del CST, cuya causa es la no cancelación de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, en el sub judice, quedó demostrado que la actora recibió por concepto de pago de prestaciones sociales la suma de $3.471.430, el 17 de enero de 2020; tomándose como salario base de liquidación $925.316 inferior al realmente devengado, que lo fue de $3.488.817,83 para el año 2019.

Para la Sala el hecho de que se haya efectuado un pago inferior al que realmente le correspondía a la demandante, no exonera al empleador demandado a la

correspondiente indemnización moratoria, pues sería suficiente con el dador del empleo realizara cualquier valor, para enervar los efectos de la norma, aunque con dicho actuar se perjudique al trabajador.

Frente a los pagos incompletos, o con base en una remuneración inferior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5146-2020, ha expuesto:

> *"Ahora, el juez de primer grado erró al concebir que la referida indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 solo era procedente en los casos en los que no se hacía la consignación de la cesantía, pues la Corte ha precisado que dicha sanción también opera en los casos en que el empleador realiza la consignación de manera deficitaria o parcial porque, por ejemplo, no tiene en cuenta el salario realmente devengado por el trabajador, como sucedió en este caso. En la sentencia CSJ SL403-2013, reiterada en la decisión CSJ SL1451-2018, se explicó:*
>
> *No sería acorde con este principio, ni con el aludido propósito implícito de la citada disposición que hace parte del conjunto normativo que regula el sistema de cesantías sin retroactividad, si se aceptase la distinción establecida por el a quo consistente en que se exceptúan los efectos sancionatorios, de forma automática, para el caso de la consignación deficitaria de las cesantías al igual que si se hubiese hecho esta de forma total.*
>
> *Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías.*
>
> *Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación.*
>
> *Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago.*

No se requieren mayores elucubraciones para concluir que antes que acreditar un comportamiento conforme a derecho, este tipo de circunstancias lo que evidencia es la intención de desconocer los derechos prestacionales de la

demandante. En consecuencia, se revocará la decisión de primer grado, pues, los argumentos del recurrente tienen el mérito de derruir lo concluido por el sentenciador.

En cuanto a la liquidación de la indemnización moratoria, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que la misma consistirá en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederá el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera (sentencia SL 3577, reiterada en SL 10632-2014, SL 1005-2021 y SL1936-2022), en las que se precisó:

> *"…Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.*
> *De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.*
>
> *Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto).*
>
> *Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, observa la Sala que la relación laboral que se suscitó entre las partes finalizó el 6 de abril de 2003 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 7 de julio de 2006 según se infiere del acta individual de reparto visible a folio 20, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos*
>
> *En consecuencia, se condenará a la demandada a pagar a la demandante*

intereses moratorios, a partir del 6 de abril de 2003, sobre el valor de la cesantía del año 2003 y sus intereses, hasta cuando el pago se verifique, por concepto de la sanción por falta de pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002."

Bajo tales derroteros, al declararse la existencia del contrato de trabajo entre el 11 de septiembre de 2017 y el 7 de enero de 2020, y haberse instaurado la demanda el 14 de agosto de 2020, salta en forma evidente, que tal trámite se materializó antes de haber transcurrido 24 meses de la terminación del vínculo laboral, de acuerdo a la información registrada en el acta individual de reparto, acopiada en el archivo 2 del expediente digital, luego entonces, a Cindy Johana Rodríguez Roa, se le debe reconocer, por este concepto, la suma diaria de $**83.731.627,92**, desde el 8 de enero de 2020 hasta el 8 de enero de 2022, es decir, los primeros 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral y a partir del mes 25 (9 de enero de 2022), la demandada, deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las prestaciones sociales adeudadas.

COSTAS

Dadas las resultas del recurso de alzada, se revocan las fijadas en primera instancia y en su lugar, se ordenará al juzgado de conocimiento que fije las mismas a cargo de la demandada. En esta instancia, se fijarán las agencias a cargo de la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato a término indefinido entre Cindy Johanna Rodríguez Roa y la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS., entre el 11 de septiembre de 2017 y el 7 de enero de 2020, el cual terminó por justa causa y en el cual, la trabajadora, devengó un salario promedio de $ 3.488.817,83.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS., a pagar a favor de la demandante, los siguientes conceptos.

2.1.	Cesantías	$ 2.553.152
2.2.	Intereses a las Cesantías	$ 136.413
2.3.	Primas de Servicios	$ 1.744.409
2.4.	Vacaciones	$ 872.204

TERCERO.- CONDENAR a la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS., a pagar a favor de la demandante, la diferencia causada entre los aportes efectuados a seguridad social en pensiones y los que realmente correspondían, al fondo que se encuentre afiliada la demandante, para los siguientes períodos de tiempo y conforme los siguientes Ingresos Bases de Cotización:

Mes y Año	**Base de Cotización**
Abril de 2018	$ 2.438.901
Septiembre de 2018	$ 1.952.341
Noviembre de 2018	$ 1.843.708
Diciembre de 2018	$ 2.343.597
Marzo de 2019	$4.096.353
Abril de 2019	$3.613.979
Mayo de 2019	$2.300.346
Junio de 2019	$3.613.979
Julio de 2019	$1.735.455
Agosto de 2019	$4.778.918

CUARTO.- CONDENAR a la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS., a pagar a favor de la demandante, la suma de $ **83.731.627,92** por concepto de indemnización moratoria causada desde el 8 de enero de 2020 hasta el 8 de enero de 2022 y a reconocer a partir del 9 de enero de 2022, intereses moratorios a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera, liquidados sobre el valor de las prestaciones sociales adeudadas.

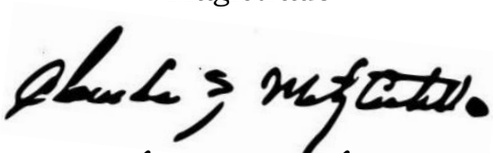
QUINTO.- **CONFIRMAR** en lo demás.

SEXTO.- COSTAS de las instancias, a cargo de la demandada, la Escuela & Agencia Británica de Idiomas Ex Experience Idiomas SAS.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105019 2021 00264 01**
Demandante:	**Santiago Alberto Vélez Álvarez**
Demandado:	**Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a Karen Silvana Mendivelso Cuellar, identificada con C.C. No. 1.010.201.041 de Bogotá y portadora de la T.P. No. 267.784 expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada (carpeta segunda instancia, archivo 5).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor Santiago Alberto Vélez Álvarez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (f°. 6 del archivo 4):

> *"**DECLARATIVAS***
>
> ***PRIMERO: DECLARAR** que el señor **SANTIAGO ALBERTO VELEZ ALVAREZ**, fue inducido al error por no ser informado suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensiónales a las que tendría derecho y sobre las consecuencias de trasladarse del Régimen de Prima Media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y de permanecer en este último, por parte de las **AFP ING ahora AFP PROTECCIÓN S.A., y LA AFP PORVENIR S.A.** de acuerdo con el deber profesional que los obligaba como fondos privados de pensiones*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que AFP ING ahora AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., omitieron sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a la calidad de entidad previsional hacia su afiliado, de acuerdo con los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, desarrollando en el Decreto 2071 de 2015; el numeral 1 del Artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero y la Ley 1748 de 2014, entre otros.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** que las **AFP ING ahora AFP PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A.** omitieron suministrar la información necesaria que deben suministrar en las etapas del proceso de afiliación y/o traslado al régimen de ahorro individual, desde la etapa precontractual de la afiliación, la contractual y la post contractual, hasta la determinación total y unificada de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** que las **AFP ING ahora AFP PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A.**, omitieron informar las condiciones favorables o desfavorables, financieras, actuales y comparativas entre los dos regímenes pensiónales existentes, necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión de traslado al RAIS.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** con sustento en las anteriores peticiones, la **INEFICACIA** de la afiliación, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES verifique y reciba a satisfacción la integralidad de los aportes pensiónales efectuados al RAIS, sin que **LA AFP PORVENIR S.A.** deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR** que, como consecuencia de la mencionada **INEFICACIA** de la afiliación, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES verifique y reciba a satisfacción la integralidad de los aportes pensiónales efectuados al RAIS, sin que **LA AFP***

PORVENIR S.A. *deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.*

SÉPTIMO: DECLARAR *que mi representado,* ***SANTIAGO ALBERTO VELEZ ALVAREZ****, no dejó de estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y por lo tanto no hubo solución de continuidad en la afiliación al régimen de prima media con prestación definida."*

En consecuencia, solicita se condene a Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a; *i)* tener como ineficaz la afiliación al RAIS; *ii)* a Porvenir S.A. a trasladar los valores que posee en su cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, tales como, aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y rendimientos; *iii)* ordenar al ente del RPM a recibir los valores previa verificación de los aportes pensionales efectuados en el RAIS y se actualice su historia laboral; *iv)* las costas.

Como pretensiones subsidiarias declarativas reclama:

PRIMERO: DECLARAR *que el señor* ***SANTIAGO ALBERTO VELEZ ALVAREZ****, fue inducido al error por no ser informado suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensiónales a las que tendría derecho y sobre las consecuencias de trasladarse del Régimen de Prima Media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y de permanecer en este último, por parte de las* ***AFP ING ahora AFP PROTECCIÓN S.A., y LA AFP PORVENIR S.A.*** *de acuerdo con el deber profesional que los obligaba como fondos privados de pensiones*

SEGUNDO: DECLARAR *que* ***AFP ING ahora AFP PROTECCIÓN S.A****. y la* ***AFP PORVENIR S.A****., omitieron sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a la calidad de entidad previsional hacia su afiliado, de acuerdo con los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, desarrollando en el Decreto 2071 de 2015; el numeral 1 del Artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero y la Ley 1748 de 2014, entre otros.*

TERCERO: DECLARAR *que las* ***AFP ING ahora AFP PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A.*** *omitieron suministrar la información necesaria que deben suministrar en las etapas del proceso de afiliación y/o traslado al régimen de ahorro individual, desde la etapa precontractual de la afiliación, la contractual y la post contractual, hasta la determinación total y unificada de las condiciones para el disfrute pensional.*

CUARTO: DECLARAR *que las* ***AFP ING ahora AFP PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A.****, omitieron informar las condiciones favorables o*

desfavorables, financieras, actuales y comparativas entre los dos regímenes pensiónales existentes, necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión de traslado al RAIS.

***QUINTO: DECLARAR** con sustento en las anteriores peticiones, la **NULIDAD DE LA AFILIACIÓN**, al Régimen DE Ahorro Individual con solidaridad efectuada por el señor **SANTIAGO ALBERTO VELEZ ÁLVAREZ, el día 12 de diciembre de 2011** y de todos los actos y omisiones posteriores durante su permanencia en el RAIS, incluyendo su traslado a la AFP PORVENIR S.A, en atención a que la labor de consejo y acompañamiento de las mismas no es instantánea sino permanente.*

***SEXTO: DECLARAR** que, como consecuencia de la mencionada **NULIDAD DE LA AFILIACIÓN**, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES verifique y reciba a satisfacción la integralidad de los aportes pensiónales efectuados al RAIS, sin que **LA AFP PORVENIR S.A.** deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.*

***SÉPTIMO: DECLARAR** que mi representado, **SANTIAGO ALBERTO VELEZ ALVAREZ**, no dejó de estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y por lo tanto no hubo solución de continuidad en la afiliación al régimen de prima media con prestación definida."*

Consecuencia de lo anterior, reclama se *i)* ordene a Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a tener como nula la afiliación al RAIS *ii)* condenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar los valores que posee en su cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, tales como, aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y rendimientos; *iii)* ordenar al ente del RPM a recibir los valores previa verificación de los aportes pensionales efectuados en el RAIS y se actualice su historia laboral; *iv)* las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, la demandante en síntesis señaló, que:

1. Nació el 16 de junio de 1963.

2. Inició su vida laboral prestando sus servicios en la Corporación el Minuto de Dios el 29 de marzo de 1988 y se afilió al régimen de prima media.
3. Cotizó al RPM un total de 652 semanas.
4. El 2 de octubre de 2000, suscribió formulario de traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Old Mutual Skandia y a partir del 1° de diciembre se hizo efectiva tal determinación.
5. Al momento del traslado, no le fueron informadas las implicaciones y condiciones regladas para el reconocimiento pensional en el RAIS.
6. En aplicación del Decreto 3995 de 2008, retornó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el 1 de septiembre de 2007.
7. En el año 2011, llegaron vendedores de la AFP ING informando que el Seguro Social dejaría de existir, convenciéndolo con este argumento de trasladarse de fondo y materializándose tal decisión a partir del 1 de febrero de 2012.
8. En el año 2013, la AFP ING se fusionó con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
9. El 7 de marzo de 2013 hizo un movimiento horizontal a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, sin brindar una asesoría especial y profesional.
10. Los fondos de pensiones, al momento de suscribir el formulario de afiliación, se limitaron a exponer las ventajas de permanecer en ellos, pero no las desventajas del mismo, con el fin de tomar una decisión informada.
11. El 11 de marzo de 2020 solicitó a Porvenir S.A, una proyección pensional y esta arrojó como valor de la mesada la suma de $1.875.700.
12. Solicitó la declaratoria de ineficacia de su traslado por falta al deber de información, pero resuelta de manera desfavorable por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 28 de mayo de 2021 (archivo 1), y con proveído del 13 de septiembre de 2021, se admitió la demanda instaurada (archivo 5).

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación a está AFP, la solicitud presentada, y su respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe; en cuanto a los argumentos de defensa, indicó que el traslado era válido, al haberse brindado información pertinente y necesaria, además, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM y no se prueba de manera sumaria las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación (archivo 07 del expediente digital).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica; como motivos de defensa, que no se allegó prueba alguna que demuestre que al peticionario se le hizo incurrir en un error o que hubiese existido un vicio del consentimiento o alguna manifestación de inconformidad respecto al traslado, evidenciándose con la documental que, su movimiento al régimen de ahorro individual se realizó de manera libre y voluntaria (archivo 08).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., - Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y la innominada o genérica. Como motivos de defensa, expuso que, se estaba en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y espontánea, al haberse brindado una amplia información y asesoría (archivo 09 el expediente digital)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 17 de febrero de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 14 ibídem):

> *"***PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado del señor **SANTIAGO ALBERTO VELEZ ALVAREZ,** identificado con C.C. N° 15.257.722, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **AFP PROTECCIÓN S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** identificada con NIT N° 800.138.188-1, realizado el 12 de diciembre de 2011, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 29 de marzo de 1988, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.
>
> TERCERO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, que actualmente administra los aportes de la demandante, como a la **AFP PROTECCIÓN SA, PENSIONES Y CESANTÍAS,** AFP que realizó el traslado primigenio a devolver a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del aquí demandante, como son 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 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 y aceptar dicho traslado.

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 del aquí demandante.

QUINTO. ABSOLVER de las demás pretensiones en su contra a las demandadas.

SEXTO. Se condena en costas a la demandada AFP PROTECCIÓN, las cuales deben ser tasadas por la secretaría del Despacho.

SÉPTIMO. 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.***"*

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, el fondo de pensiones es el llamado a acreditar que brindó la debida orientación al demandante, pues el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar que se dio cumplimiento a ello. El actor en interrogatorio afirmó que le hablaron de rendimientos, pero no, de los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen, ni de las ventajas, desventajas o características, no recibiendo información a fondo, para adoptar una decisión informada; por otro lado, indicó que, no podía entenderse convalidado el traslado, por el simple de hecho de haberse realizado movimientos entre administradoras.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación:

La Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que el traslado de régimen pensional se efectuó de manera voluntaria, informada y sin presiones, de conformidad con la normatividad vigente para la época. Afirmó, que no es procedente la devolución de los rendimientos, ya que, al declarar la ineficacia de traslado, esto supone que la afiliación nunca se dio y aquellos no se

generaron, además, estos son propios del régimen privado. Añadió, que tampoco es procedente restituir los gastos de administración y primas de seguros previsionales, dado que no se encuentran en su poder, y, además, fueron invertidos en la forma en que lo exige la ley. Finalmente, manifestó que no se pueden entregar dichos emolumentos indexados porque se generaría una doble condena.

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones manifestó que el demandante realizó su traslado de régimen pensional de una manera libre, espontánea y voluntaria, sin existir presión o coacción. Agregó, que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Finalmente, manifestó que le asisten unas obligaciones como consumidor financiero, como informarse con respecto a las condiciones, características y efectos legales de su traslado; aunado a que quedó ratificada su voluntad de permanecer en el RAIS por más de 10 años.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

A su turno, la parte actora presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la decisión del a quo.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.

ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema

iii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

El vicio del consentimiento no es un presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Sostiene Colpensiones que la parte demandante no probó que existiera algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse el traslado de régimen. Conclusión que no le asiste razón a la entidad recurrente, por las siguientes razones:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

Con respecto a lo anotado por Colpensiones en el recurso de apelación, esto es, a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 12 de diciembre de 2011, con destino a la AFP ING, hoy Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

De la declaratoria de la ineficacia del traslado frente a la sostenibilidad financiera del sistema General de Pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que, dentro de la orden de devolución, se adicionará la sentencia, en el sentido de indicar que en ella, también se debe incluir los gastos de administración, que apareja el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003), pues, escuchado el audio de la sentencia, se verifica que, tanto en la parte considerativa como resolutiva de la misma, no se dijo nada respecto a este concepto, sin embargo, en el acta de la diligencia, se incluyó dicho rubro, como objeto de traslado a favor de Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría una doble condena a su cargo.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los

gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos

respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Condena en costas.

Dado el resultado desfavorable de los recursos para la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se le impondrán las costas de esta instancia.

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

RESUELVE

Primero.- MODIFICAR el ordinal tercero, de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2023, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada en el sentido de incluir como valores a retornar al Régimen de Prima Media, los gastos de administración. Por otro lado, que, la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en esta providencia; conforme a lo considerado.

Segundo.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

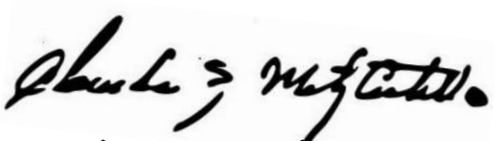
Tercero.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105007 2020 00278 01**
Demandante:	**Elizabeth Cárdenas Bolívar**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Elizabeth Cárdenas Bolívar, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 3 del archivo 1):

> "1. Declarar que La señora **ELIZABETH CÁRDENAS BOLIVAR** fue mal asesorada e informada por parte de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA,** en el año 1997 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.

2.Declarar que **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA**, a través de información no veraz, llevo a Mi representada a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media.

3. Declarar que no hubo una real asesoría por parte de La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría La señora **ELIZABETH CÁRDENAS BOLIVAR,** al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.

4. Declarar que LA **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, generó una afectación de los derechos pensionales de la señora **ELIZABETH CÁRDENAS BOLIVAR.**

5. Declarar que la vulneración al derecho de Información por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que generara el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivó en la afectación a la vida digna de la señora **ELIZABETH CÁRDENAS BOLIVAR** al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.

6. Declarar que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** vulneró los principios objetivos contenidos en la ley 100 de 1993, en razón a que están generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna de la señora **ELIZABETH CÁRDENAS BOLIVAR.**

7. Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones de la señora **ELIZABETH CÁRDENAS BOLIVAR OLARTE,** con **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTI'AS PORVENIR S.A**., por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este.

8. Declarar consecuencialmente, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**., con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al Decreto 2013 de 2012."

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* Porvenir S.A. a trasladar los aportes, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos al RPM; *ii)* Colpensiones, debe activar, aceptar y recibir los aportes provenientes del RAIS; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 19 de septiembre de 1965.
2. Acumuló en el RPM una densidad de 550 semanas de cotizaciones.
3. En 1997 se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
4. El fondo de pensiones, solamente le informó sobre unas ventajas del sistema, pero no como estaba diseñado el RAIS.
5. No le fue brindada una debida asesoría sobre las ventajas y desventajas de trasladarse a un fondo privado.
6. En 2019, solicitó la proyección de su mesada pensional a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, y el monto puesto en su conocimiento de manera verbal era inferior al del Régimen de Prima Media.
7. Se sintió engañada, ya que los asesores le indicaron que su mesada pensional sería igual en el RAIS.
8. El 2 de julio de 2020 presentó reclamación administrativa ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 5 de agosto de 2020 (archivo 3), al Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, sin embargo, el 26 de agosto de 2020, la titular del despacho, expuso una causal de impedimento para conocer del trámite y procedió a la remisión del trámite al Juzgado Séptimo, quien, mediante auto del 28 de septiembre de 2020, aceptó el impedimento presentado y avocó el conocimiento de la acción (archivo 6). Fue así como el 12 de abril de 2021, se procedió a admitir la demanda (archivo 12).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No

aceptó los hechos planteados en la demanda y propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que, el traslado de la demandante a Colpatria en 1997 fue realizado en forma libre, informada y espontánea, después de brindársele asesoría sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, de acuerdo a la declaración escrita rubricada en el formulario de afiliación (archivo 19).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su traslado hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, y el agotamiento de la vía gubernativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. En apretada síntesis sostuvo que, en el expediente no había sido allegada prueba alguna que demostrara que a la actora se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento, ni que se hubiera realizado alguna nota de protesto que permita inferir la inconformidad de la afiliada (archivo 20).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, el 15 de junio de 2023, dispuso la concentración de los procesos, para proferir sentencia de primera instancia, dentro de los procesos radicados 11 001 31 05 007 2020-00276, donde figuraba como demandante Olga Patricia

Barón Buitrago; proceso n°. 11 00 13 10 2020-00245 donde figura como demandante, César Pineda y proceso radicado 11 001 31 05 07 2021-00475 00, de Álvaro Chávez Porras, y el tramitado por la señora Elizabeth Cárdenas Bolívar, todos ellos, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., poniendo fin a la primera instancia, de la siguiente manera (archivo 37 ibídem):

> "**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de las afiliaciones realizadas por los demandantes, Olga Patricia Barón Buitrago, con la AFP Porvenir el 3 de noviembre de 1999 contenido en el formulario número 01267923. De la señora Elizabeth Cárdenas Bolívar con la AFP Porvenir el 6 de noviembre de 1997, contenido en el formulario número 028912. El señor César Pineda Rivera, con la AFP Porvenir el 30 de agosto del 2002, contenido en el formulario número 10179181. Con el señor Álvaro Chávez Porras con la AFP Porvenir el 11 de octubre del 2006, contenido en el formulario número 11632276.
>
> **SEGUNDO**: **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.,** a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que son titulares cada uno de los demandantes, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones.
>
> **TERCERO: ORDENAR** a **PORVENIR S.A** a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de cada uno de los demandantes, desde la fecha en que fueron vinculados a ese fondo privado y ocurrieron los traslados de régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse estas órdenes en cada uno de los procesos, se le concede a Porvenir el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, para que presente un informe discriminando en forma debida todos los rubros objeto de devolución a Colpensiones, tales como los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, el valor de cada uno de los descuentos, de los aportes que hizo a cada uno de los demandantes y el valor de la indexación que se devuelve a Colpensiones, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, Aportes y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.
>
> **CUARTO**: **ORDENAR** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como sus afiliados, en el régimen de prima media con prestación definida a cada uno de los demandantes, desde sus afiliaciones iniciales al Régimen de Prima Media a través del Instituto de Seguros Sociales.
>
> **QUINTO:** Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir.
>
> **SEXTO:** Las condenas en costas son a cargo de Colpensiones y Porvenir y a favor de los demandantes. Las agencias en derecho se tasan en 2SMMLV, a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos y a favor de cada uno de los demandantes.
>
> **SEPTIMO**: Ordénese la consulta de esta sentencia concentrada a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido."

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, "*Como en estos casos, los demandantes del líbelo introductorio afirmaron que no recibieron la información debida cuando se vincularon al fondo Porvenir, tratándose esto de un supuesto negativo que debe valorarse con la literalidad de dicha norma, artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren de prueba. Cuando los demandantes afirman que, al momento de surtirse sus vinculaciones con Porvenir, ese fondo de pensiones no le suministraba una información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación solo se acredita como el hecho positivo contrario, esto es que Porvenir hubiese llegado la prueba que sí suministró la información correcta a los demandantes al momento de su vinculación. Esa visión de la inversión de la carga de la prueba también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil, cuyo tenor enseña que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo de dónde debe seguirse la conclusión que correspondía por venir a acreditar probatoriamente la realización de todas las actuaciones necesarias, a fin que los demandantes conocieran las implicaciones de su vinculación a Porvenir y por ende, del traslado de régimen pensional que hicieron*", "*bueno, dentro de estos procesos que son objeto de decisión y conforme las pruebas arrimadas por las partes y las que se practicaron y conforme a los artículos 60 y 61 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social, debe indicarse que en estos procesos no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que Porvenir al momento de vincular a cada uno de los demandantes a ese fondo privado les hubiese suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que le tenía a su futuro pensional de los demandantes La decisión de vincularse a ese Fondo Privado, situación que sí constituye una flagrante omisión de su deber de información en los términos legales y jurisprudencialmente ya relacionados. Téngase en cuenta que de las pruebas que se practicaron en cuanto a los interrogatorios a todos los demandantes no se desprende ningún tipo de confesión que determine que efectivamente el fondo privado al momento de su vinculación, hubiese cumplido con su deber de información. Debe tenerse en cuenta esta flagrante, omisión de Porvenir que en el curso del trámite procesal no aportó ninguna prueba, de la información suministrada a los demandantes cuando los vinculó a ese fondo privado, ni siquiera de la formación académica ni de la formación en temas de Seguridad Social que tenían los asesores al momento en que vincularon a los trabajadores demandantes, siendo ese fondo privado la que estaba en mejor posición de probar esas circunstancias. En lo que respecta a los formularios de vinculación de los demandantes con Porvenir con los que se pretende extraditar, que con la firma de los demandantes se plasmó y convalidó su voluntad de vinculación de vinculación al RAIS, ello no es admisible, téngase en cuenta que estos formularios son verdaderos contratos de adhesión, formularios preimpreso con información que contiene es absolutamente lacónica y exigua, no cumplen las condiciones que tanto la ley como la jurisprudencia, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han establecido al respecto..*", encontrando acreditada la falta al deber de información y por tanto, la ineficacia del traslado, debiendo retrotraerse las actuaciones y por ello, al aplicarse la

jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, se debían devolver los descuentos realizados por aportes pensionales realizados a la demandante, junto con gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *A quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así:

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones argumentó que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado, consagrado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Señaló, que la asesoría brindada a la promotora de la litis debe ser valorada bajo la normatividad vigente al momento de la suscripción del formulario de traslado; aunado a que la actora tenía obligaciones legales de informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, y al haber guardado silencio en el transcurso del tiempo, dio a entender su decisión de permanecer en el RAIS. Indicó, que al declarar la ineficacia del traslado se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente, sostuvo que no puede ser condenada en costas, dado que los recursos del sistema no pueden tener una destinación diferente a la contemplada en la Constitución Política.

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA manifestó que no es procedente devolver los gastos de administración, sumas de seguro previsional y el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, al no haberse reclamado en el líbelo genitor la actualización ordenada; aunado a que no es compatible ordenar el retorno de los rendimientos financieros, ya que se generaría una doble sanción.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos aludidos en su respectiva apelación, además, indicó que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, al no existir vicios del consentimiento, garantizando a la actora la información necesaria y suficiente para haber escogido el RAIS.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) ¿la simple suscripción del formulario de afiliación, libre de vicios del consentimiento, supone que el traslado de régimen es válido?

ii) En el año 1997, las AFP no tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social.

iii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

iv) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo, es procedente que los mismos se entreguen con la respectiva indexación?

v) Se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al momento de

sustentar el recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

De la ineficacia de traslado de régimen.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el *sub lite* no se podía exigir requisitos legales, diferentes a los vigentes para la fecha en que se efectuó el traslado y que, con la firma del formulario de afiliación, debe entenderse que se expresó la voluntad libre de la trabajadora de trasladarse de régimen y en tal trámite es válida dicha diligencia.

En primer lugar, frente a los motivos expuestos por Colpensiones en el recurso de alzada, se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Pese a ello, la Sala aclara con respecto a lo esbozado por la entidad apelante lo siguiente:

El articulo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: "**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."

Y el artículo 60, señala que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

> (…)
> "Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo".

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: "REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones".

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Y la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, en torno a la ineficacia del traslado ha efectuado las siguientes precisiones, que son necesarias recordar, así:

1. No es presupuesto para que se apliquen las reglas sobre la materia ser beneficiario del régimen de transición, contar con una expectativa legítima o tener un derecho adquirido, ya que tal exigencia no se encuentra prevista en la ley ni en la doctrinada construida por la Corporación (CSJ SL2229-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL4205-2022, CSJ SL1565-2022.)

2. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

3. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como « un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022)permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria(CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que « esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

> *[…] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).*

7. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así,

que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 28 de enero de 1999 (f°. 203 del archivo 1); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), "entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna" (CSL SL 932-2023).

Afirma Colpensiones que la suscripción del Formulario de afiliación denota el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS.

En efecto, em tal documental suscrito por la demandante (6 de noviembre de 1997), se anota la siguiente leyenda pre impresa; "HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE

HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES A QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS" lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - Copia de la cédula de ciudadanía de Elizabeth Cárdenas Bolívar (f°. 5 archivo 2); formulario de afiliación diligenciado ante el Fondo de Pensiones Colpatria, el 6 de noviembre de 1997 (f°. 13 archivo 2; f°. 73 archivo 19); simulación pensional realizada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (f°. 15-18 archivo 2; f°. 119 archivo 19); respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a petición incoada por la demandante el 2 de julio de 2020 (f°. 19 archivo 2), historia laboral consolidada de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (f° 23-28 archivo 2; f°. 86 archivo 19); comunicados de prensa (f° 74-76 archivo 19); relación histórica de movimientos y aportes expedido por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (f° 91-113 archivo 19); certificado para bono pensional – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f°. 114 archivo 19); expediente administrativo e historia laboral de la actora en la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (archivo 21) - no permiten colegir que la AFP Porvenir S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere, la cual es necesaria al momento del traslado de régimen, no posterior a ello.

La AFP convocada pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la suscripción, por parte de la actora, del formulario de afiliación preimpreso. Si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de

afiliación aportado, se itera de ellos no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales en el expediente, todas ellas son posteriores al acto de traslado y ninguna permite establecer si la AFP demandada le brindó a la actora información clara, verídica, completa y pertinente previo a su traslado.

Y con relación a lo anotado por Colpensiones en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional; diferente a la procedencia de la migración de subsistemas pensionales cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la administradora del rpm en este punto.

De la sostenibilidad financiera del sistema.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad

financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se hubiere ordenado la devolución de los gastos de administración, sumas de seguro previsional y porcentaje descontado para el fondo de garantía mínima de pensión, debidamente indexados, pues en su sentir, se está imponiendo una doble condena a cargo de la entidad.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP

deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre

así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo.

De la condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena en costas. Además, se fulminará condena en esta instancia por este concepto a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia proferida de manera concentrada el 15 de junio de 2023, emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar absolver a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

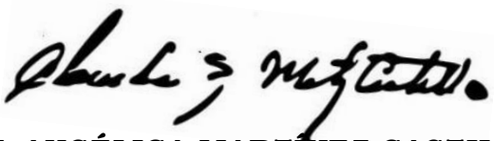
TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de

Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105005 2020 00341 01**
Demandante: **María Virginia Cortes Forero**
Demandado: **Mercedes Manrique Soriano**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

María Virginia Cortés Forero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Mercedes Manrique Soriano, para que se declarara; *i)* la existencia de un contrato verbal entre el 15 de febrero de 1985 al 31 de diciembre de 2019; *ii)* la sustitución patronal desde el 11 de mayo de 2019 por el fallecimiento de Ana Cecilia Manrique Soriano; *iii)* que el contrato fue terminado sin justa causa y de manera unilateral por el empleador; *iv)* como responsable en el pago de las condenas impuestas a Mercedes Manrique con su propio patrimonio y/o con los bienes que sucedió de la causante Ana Cecilia Manrique Soriano.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene a Mercedes Manrique a pagar a partir del 1° de enero de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2019, las diferencias causadas, respecto a los salarios; las cesantías, intereses a las cesantías, primas de junio y navidad, vacaciones y dotaciones; a efectuar el

pago de cotizaciones a riesgos laborales, caja de compensación laboral; las indemnizaciones contenidas en los artículos 64 y 65 del CST, y 99 de la Ley 50 de 1990; costas procesales.

2. HECHOS.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, afirmó: que: *i)* Ana Cecilia Manrique Soriano (q.e.p.d.), hermana de Mercedes Manrique Soriano la vinculó laboralmente a trabajar, mediante contrato de trabajo verbal; entre el 15 de febrero de 1985 y el 31 de diciembre de 2019 en el almacén de modas celman; *ii)* se desempeñó como confeccionista, diseñando, cortando, armando y vestidos; *iii)* Ana Cecilia fallece el 11 de mayo de 2019; pero siguió prestando sus servicios en el mismo lugar y con las mismas herramientas, recibiendo órdenes de Mercedes Manrique Soriano;, quien quedó a cargo del establecimiento de comercio; *iv)* entre el 15 de febrero de 1985 y el 11 de mayo de 2019 Ana Cecilia fue su jefe inmediata y desde el 12 de mayo de 2019 al 31 de diciembre de 2019, lo fue Mercedes; *v)* entre 1985 y 2005, devengó el salario mínimo legal mensual; *vi)* le fue reconocida pensión de vejez por parte del Seguro Social a partir de noviembre de 1996; *vii)* entre el año 2006 y 2019, devengó un salario inferior al mínimo legal, sin justificación alguna; para el año 2019 fue de $600.000 mensuales; *vii)* el horario de trabajo era de 9:00 a.m a 6 p.m. con una hora de almuerzo, de lunes a sábado; *viii)* las órdenes y directrices fueron impartidas por sus jefes inmediatas; *ix*) le eran suministrados los elementos para desarrollar la labor de costura; *x)* en diciembre de 2019, le informaron que el local sería entregado y el almacén cerrado, dándose fin a la relación laboral (f.° 4 del archivo 4 del expediente digital).

3. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 9 de octubre de 2020 (archivo 1), y la misma fue admitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 16 de noviembre de 2021, (archivo 5), siendo remitida comunicación tendiente a notificar a la demandada a la dirección electrónica recepciongarzonbautista@gmail.com el 9 de diciembre de 2021

(archivo 6), procediéndose a presentar escrito de contestación el 14 de marzo de 2022.

Mercedes Manrique Soriano, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al no haber suscrito contrato de trabajo alguno con la demandante, máxime que la dueña del almacén de moda era su hermana y no ella y al fallecer esta, se vio obligada a cerrar el establecimiento, al desconocer el manejo del negocio. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva. (archivo 7 del expediente digital)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha, 10 de octubre de 2022 (archivo 18).

> "**PRIMERO: CONDENAR,** con cargo a la sucesión de la señora ANA CECILIA MANRIQUE SORIANO, a pagar a la señora MARÍA VIRGINIA CORTÉS FORERO las siguientes sumas por los siguientes conceptos:
>
> **a.** $9.272.063 por concepto de auxilio de cesantías.
> **b.** $313.855 por concepto de intereses sobre las cesantías no prescritas.
> **c.** $2.615.458 por concepto de prima de servicios no prescritas.
> **d.** $1.656.232 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones no prescritas.
> **e.** $12.973.810 por concepto de indemnización por despido injusto.
> **f.** $26.508.668 por concepto de sanción moratoria por no consignación de las cesantías al respectivo fondo.
> **g.** La suma diaria de $27.603 a partir del 1 de enero de 2020 y hasta el momento en que se satisfaga el valor de las prestaciones sociales indicadas en numeral anterior.
>
> **SEGUNDO:** De las anteriores condenas, la demandada MERCEDES MANRIQUE SORIANO será responsable hasta un límite de $17.800.000, conforme a la hijuela adjudicada en el proceso de sucesión de su hermana ANA CECILIA MANRIQUE SORIANO
>
> **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de sustitución patronal e inexistencia de la obligación respecto de pago de dotación y salarios insolutos.
>
> **CUARTO:** Sin COSTAS."

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar que, de acuerdo al interrogatorio de parte, rendido por la convocada a juicio y la certificación allegada a folio 19 del expediente, se lograba acreditar la prestación del servicio de la actora a favor Ana Cecilia Manrique Soriano y teniendo como indicio, para establecer el extremo inicial del vínculo laboral, la fecha de emisión del acto administrativo en el que se reconoció la pensión a la demandante y se señala como último empleador a la fallecida, siendo este, el 21 de noviembre de 1996. En lo tocante al extremo final del vínculo, se tendría el 31 de diciembre de 2019, de acuerdo con lo expuesto por Pedro Herrera, agregando en este punto que, no había sido objeto de debate, entre las partes, este ítem.

Respecto a la sustitución patronal, estimó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del CST, en principio podría pensarse que esta situación del fallecimiento de Ana Cecilia y la gestión desplegada por la demandada, podría enmarcarse en "cualquier causa", pero conforme a las pruebas recaudadas, y específicamente la declaración de Pedro Herrera, el establecimiento estaba arrendado a la señora Ana Cecilia, hace más de cuarenta años, que inició con sus padres, y el cual finalizaba el 31 de diciembre de cada anualidad, encontrándose vigente al momento del deceso de la señora Manrique Soriano y doña Mercedes Manrique Soriano, ni herederos no convinieron la continuidad del contrato de arrendamiento, por tanto, la intención de ella no era seguir explotando el negocio, no pudiéndose aplicar la norma de manera exegética, amén, que se podía establecer que Mercedes Manrique Soriano apoyaba a su hermana, cuando ella estaba enferma y sabía poco del negocio, pero no podía tenerse como una verdadera empleadora, siendo lo mínimo por parte de la familia, terminar el contrato de arrendamiento celebrado por la *de cujus,* siendo la única obligada Ana Cecilia Manrique Soriano y ante su fallecimiento, la sucesión de esta es la encargada de las obligaciones patronales. De la dotación, precisó que no podía solicitarse su pago, siendo procedente el reconocimiento de la indemnización de perjuicios, pero para ello, debía acreditar la parte actora, que debió utilizar su dinero para adquirirla, pero como ello no ocurrió, no procedía la condena por este concepto. Respecto al pago de los aportes a la Caja de Compensación o beneficios que de ella se dimana, el juez guardó silencio.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante interpone recurso de apelación. Señala que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21 de 1982, reglamentado por el Decreto 784-89, el empleador debía afiliar a la actora, y en el presente caso, no pudo disfrutar de los beneficios y retribución económica, siendo pertinente fulminar condena desde el 15 de febrero de 1985 y diciembre de 2019.

Que se encuentran acreditados los requisitos para declarar la sustitución patronal, al prestarse los servicios en el mismo sitio y con las mismas herramientas, por parte de la demandada, y Mercedes fue quien asumió la responsabilidad del establecimiento, presumiéndose su mala fe.

Del calzado y vestido de labor, sólo reclama su reconocimiento. Y pretende que no se declare prescrita ninguna prestación; finalizando su intervención, reclamando la condena en costas.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandante presentó alegatos en esta instancia, exponiendo que en trámite sucesoral adelantado ante notario público no se informó sobre la acreencia laboral que existía a favor de la demandante y se debía tener en cuenta el valor en que fueron vendidos los bienes adjudicados.

7. PROBLEMAS JURIDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar; *i)* si es procedente declarar la sustitución patronal de Ana Cecilia Manrique Soriano a Mercedes Manrique Soriano, *ii)* se deberá auscultar la viabilidad de fulminar condena por subsidio familiar y dotaciones y finalmente, *iii)* si es procedente no declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO - SUSTITUCIÓN PATRONAL

No es motivo de discusión que entre la demandante y Ana Cecilia Manrique Soriano (q.e.p.d.) existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 21 de noviembre de 1996 al 31 de diciembre de 2019, devengando el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en virtud del cual la actora se desempeñó en el cargo de confeccionista, pues, a tal conclusión arribó el juez de conocimiento al resolver la litis, después de analizar la prueba documental acopiada, los interrogatorio de parte rendidos y declaraciones recepcionadas en el trámite, y no fueron objeto de controversia en el recurso de alzada.

DE LA SUSTITUCION PATRONAL.

Solicita la demandante en el libelo introductorio que se declare la sustitución patronal entre Ana Cecilia Manrique Soriano (q.e.p.d.) y Mercedes Manrique Soriano.

El juez de primer grado, frente a esta suplica dedujo que, conforme a la declaración rendida por Pedro Herrera – arrendador del establecimiento de comercio, el local había sido arrendado por la señora Ana Cecilia Manrique Soriano y que su hermana, había decidido no continuar con él.

El artículo 67 del CST define la sustitución patronal como "todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios". Busca mantener esta institución la continuidad del contrato de trabajo que se venía ejecutando con el empleador sustituido.

De la disposición normativa aludida, se colige que para que se configure la sustitución de empleadores, deben concurrir en principio dos requisitos, a saber: *i)* un cambio de empleador por cualquier causa; *ii)* que subsista la

identidad del establecimiento.

El requisito de continuidad de la empresa, se refiere a que subsista la identidad del establecimiento, considerado como una unidad de explotación económica (art. 194 CST), y se transmita de una persona a otra, con total independencia del acto jurídico que dé lugar a ella, esto es, a través de una compraventa, permuta, concesión, comodato, o con el simple cambio del régimen de administración; es decir, a cualquier título. (CSJ SL3003-2020).

La jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, ha establecido un tercer requisito, consistente en *la continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador* (CSJ SL4530-2020, CSJ SL1399-2022, CSJ SL 962-2023) En la primera, expuso:

> *" Así, la sucesión de empresarios precisa de: (i) un cambio en la titularidad de la organización productiva por cualquier causa, como compraventa, arrendamiento o traspaso del negocio a cualquier título, u operaciones de reorganización empresarial, como las fusiones, adquisiciones, absorciones, liquidación con traspaso de bienes, etc., en virtud de las cuales un empresario subroga a otro en su posición empleadora, y (ii) la identidad de establecimiento o subsistencia de la empresa, entendida como un conjunto de medios organizados (personales, patrimoniales, técnicos) para llevar a cabo una actividad económica (CSJ SL3001-2020). Además, la jurisprudencia de la Sala Laboral ha interpretado que para que opere la sustitución de empleadores también se requiere (iii) «la continuidad en la prestación del servicio» (CSJ SL4530-2020).*

Bajo los anteriores derroteros, procede la Sala al análisis de los medios probatorios obrantes en el plenario. La demandante al absolver interrogatorio de parte, informó que desde el año 2006 aproximadamente, laboraron dos personas en el establecimiento de comercio dedicado a las confecciones y desde dicha época Mercedes se encargó de administrar el negocio; sin embargo, Ana Cecilia era su empleadora y administradora, pero, a partir del año 2000, ella se empezó a enfermar y los últimos meses, Mercedes, se hizo cargo del negocio, pagándole su salario y atendiendo el personal; una vez falleció Ana Cecilia Manrique Soriano (en abril de 2019), Mercedes les informó que no quería seguir con el almacén, alegando para tal efecto que, ella, no sabía del manejo de este, poniéndole en conocimiento esta situación en diciembre; además, entre abril y diciembre de 2019, ella ejercía las mismas funciones y Mercedes Manrique Soriano la dirigía y le pagaba; agregando a su dicho que la convocada, asumió

el negocio por los problemas de salud de Ana Cecilia Manrique Soriano y esta dejó de ir al negocio durante los tres años anteriores a su deceso; aceptando que para el mismo mes que falleció Ana les informó del cierre del establecimiento de comercio; en lo tocante al pago de salarios desde el año 2006, indicó que, Mercedes Manrique Soriano le pagaba y en ocasiones le decía a Julia que le pagara, encargándose de las cuentas contables, la convocada.

Mercedes Manrique Soriano, en interrogatorio de parte, indicó que, el local Celma lo arrendó su hermana, antes del año 2000, y Ana Cecilia Manrique Soriano, se encargó de administrarlo, dado que, ahí tenía su negocio; siendo María Virginia Cortes Forero trabajadora de su hermana, por lo que, nunca se ha encargado de la administración del local; Ana Cecilia Manrique Soriano fue operada en el año 2002 y estuvo incapacitada por un espacio de 6 a 8 meses, pero se reincorporó a él, aunque no supo cuando ocurrió ello. Para el año 2017, la volvieron a operar, estando incapacitada por 8 meses, pero retornó a su negocio; durante los períodos en que Ana Cecilia Manrique Soriano estuvo incapacitada, tanto la demandante como Julia, se pagaban sus salarios, abrían y cerraban el negocio y hacían las ventas, porque ella no conocía del manejo del establecimiento; además, durante los tres meses anteriores al deceso, Ana Cecilia Manrique Soriano, no pudo volver y las señoras antes referidas se hicieron cargo de todo; después de que Ana Cecilia falleció, fue visitada por el dueño del local comercial y este le informó que iba a ver un cambio de canon de arrendamiento y nuevas condiciones, dado el fallecimiento de la titular de la obligación, por lo que, ella, le pidió que terminaran el contrato en diciembre de ese año, como estaba acordado y procedió a comentarle la situación a la actora, de manera inmediata (abril de 2019).

De lo ocurrido entre abril y diciembre de 2019, Mercedes Manrique Soriano, indicó;

> *"*- En esos meses después de la muerte de su hermana y hasta diciembre ¿quién pagaba la nómina de julia y de Virginia?
> De lo que ellas recogían se pagaba esa nómina, porque ellas hacían los negocios en el almacén
>
> -¿Usted recuerda cuanto producía al mes el negocio en 2019?, ¿cuánto producía en dinero?
> Un millón algo, nada más
>
> ¿Porque sabía que producía más de un millón mensual?
> Bueno, porque yo, como le digo, de acuerdo a lo que ellas me decían de los gastos y de sacar los sueldos salía eso

¿Ese millón era lo que quedaba después de pagar los sueldos?
No. Con eso se pagaba. Muchas veces me tocó pagar a mí el arriendo

¿Quién pagó el arriendo después de que falleció su hermana?
Los últimos meses me tocó pagar el arriendo.

¿Que meses pagó usted?
Desde la fecha del fallecimiento.

¿Usted continuó pagando el arriendo?
Si, para poder aceptar lo que don Pedro me decía, de que me daba la oportunidad hasta el 31 de diciembre

Cuanto pagaba de arriendo su hermana
Millón algo, no me acuerdo en este momento

Cuanto empezó a pagar usted
Como 1.100.000

¿De donde sacaba ese millón cien para pagar el arriendo?
Pues de mi sueldo, de mi pensión, de lo que conseguía"

Como testigos declararon: **Pedro Vicente Herrera Villamizar**, quien informó que su padre le arrendó el establecimiento a Ana Cecilia Manrique Soriano, pero al fallecer este, se realizó la sucesión y se creó una empresa y a nombre de esta se realizaba la consignación del canon de arrendamiento; una vez, falleció Ana Cecilia Manrique Soriano, él junto con sus hermanas hicieron una reunión, porque el sujeto del contrato se había extinguido, y por ello, requerían de Mercedes Manrique Soriano, resolver la situación, entonces, para el segundo semestre del año, respetando el duelo, le plantearon a la demandada, dos maneras, de hacerlo, uno, que se cambiara el responsable del contrato o se restituyera el inmueble, quedando comprometida doña Mercedes Manrique Soriano a auscultar con sus familiares, lo que se realizaría con los bienes de Ana Cecilia Manrique Soriano, y cómo iban a manejar la sucesión, si iban a vender el negocio o si lo iban a cerrar y quien se responsabilizaría por este, posterior a dicha reunión, Mercedes Manrique Soriano le informó que, se entregaría el inmueble, el 31 de diciembre, después de 40 años de arriendo; agregando a su dicho, que Ana Cecilia Manrique Soriano, era la dueña del negocio, y era renuente a vender o cerrar el negocio, porque era toda su vida, a pesar de habérsele hecho la sugerencia, de reintegrar el inmueble; respecto al contrato de arrendamiento, informó que, este no se modificó una vez acaeció el fallecimiento de Ana Cecilia Manrique Soriano, dado que fueron pocos meses los que faltaban para el fenecimiento y restitución de este.

Por otro lado, **Elkin Orlando Burgos Ospina**, conoció a la demandante, hace más de diez años, porque le recomendaron el almacén donde trabajaba, para alquilar vestidos, acudiendo que fue al local aproximadamente, cinco veces, pero no conoce a ni a Ana Cecilia ni a Mercedes Manrique Soriano; para 2019 "si no me equivoco sí, ese año fui", pero "si fui una vez fue mucho", y siempre buscaba a doña Virginia, porque lo atendía bien, agregando que, en esas seis ocasiones, que visitó el negocio, duraba como treinta minutos únicamente.

De lo declarado por la actora y la demandada, más el dicho del testigo, Pedro Vicente Herrera Villamizar se puede colegir que: *i*) la señora Ana Cecilia Manrique Soriano celebró contrato de arrendamiento de local comercial "celma" con el padre de Pedro Vicente Herrera; *ii*) en este espacio se elaboraba y diseñaba ropa; *iii*) la demandante laboraba para Ana Cecilia Manrique Soriano, quien fallece el día 11 de abril de 2019, tal y como se puede verificar con el Registro Civil de Defunción (f°. 194, archivo 6); *iv*) Mercedes Manrique Soriano es quien entra a negociar lo del contrato de arrendamiento con el señor Pedro Vicente Herrera, quien le plantea dos propuestas: la terminación del contrato por muerte de quien suscribió el mismo, o extinguirlo a la fecha prevista de su finalización (31 de diciembre de 2019); *v)* la demandada decide darlo por terminado en diciembre del año 2019, *vi*) Mercedes Manrique Soriano comunicó a la demandante de esta situación, quien continuo en el local hasta ese mes y Mercedes Manrique Soriano continuó pagando el arriendo.

Concluye la Sala, que no existe discusión que el segundo y tercer requisito para la configuración de la sustitución patronal se materializaron, toda vez que de lo declarado por la propia demandada y el dicho de Pedro Vicente Herrera Villamizar se colige, que luego de la muerte de Ana Cecilia Manrique Soriano, su actividad comercial desarrollada en el local comercial Celman no sufrió variaciones esenciales, sino por el contrario, mantuvo su identidad, la que continúo incólume hasta diciembre de 2019, y con las mismas labores, es decir continuidad en la prestación del servicio.

Ahora bien, la problemática se presentaría con relación al primero de los elementos de la figura establecida en el artículo 67 del CST, esto es, cambio de un empleador por otro por cualquier causa. Lo anterior, por cuanto si bien en el cambio de empleador en este asunto en particular, no surgió de la existencia

de un negocio jurídico, ni tampoco del acuerdo de voluntades entre las hermanas, como quiera que fue la muerte de la señora Ana Cecilia Manrique Soriano, la que hizo que Mercedes Manrique Soriano continuara permitiendo las labores dentro del local comercial, lo mismo que la continuidad del contrato de arrendamiento, ello no impide la configuración de la sustitución de empleadores, tal como lo rememoró esta Corte, en la sentencia CSJ SL1399-2022, donde se afirmó:

> *[…]* ***la operatividad de la sustitución de empleadores está sustraída de la voluntad de las partes y su configuración depende de la comprobación de unos elementos empíricos o de la realidad» a saber****, (i) el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa, (ii) la subsistencia de la identidad del negocio y (iii) la continuidad de la relación laboral o la prestación del servicio -no del contrato de trabajo-. De modo que la sustitución de empleadores no depende de declaraciones que las partes hagan en acuerdos privados, de manipulaciones de las formas contractuales o de si formalmente el contrato termina y se firma uno nuevo, sino de que empíricamente se comprueben esos tres elementos.* (Negrillas fuera de texto)

Luego entonces, de las exposiciones realizadas, se encuentran configurados los presupuestos legales para declarar la sustitución patronal deprecada por la actora, en primer lugar, por cuanto, una vez falleció Ana Cecilia Manrique Soriano, el 11 de abril de 2019, se pudo haber suspendido el contrato de trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 51 del CST, "Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo", sin embargo, María Virginia Cortes Forero, continuó prestando sus servicios en el local comercial, se itera, hasta diciembre de 2019, cuando se hizo entrega de este a su propietario, tal y como se relacionó en forma precedente, además, resulta inverosímil, de la cadena de indicios, que la convocada hubiese efectuado el pago de cánones de arrendamiento desde el mes de abril hasta diciembre, con sus propios ingresos y sin recibir una retribución o ganancia del negocio de su hermana, dejando entrever que si se benefició de la labor desplegada por la ex trabajadora y ocupando el lugar de la antigua empleadora - su hermana – por ello, es la llamada a responder económicamente de las acreencias adeudadas a esta, como sucesora patronal. Es más, en interrogatorio de parte, la convocada a juicio cuando se le pregunta *"- En esos meses después de la muerte de su hermana y hasta diciembre ¿quién pagaba la nómina de julia y de Virginia?*, su respuesta fue "*de lo que ellas recogían se pagaba esa nómina, porque ellas hacían los negocios en el almacén*"; pero no señaló en forma categórica eran las propias trabajadoras las que se pagaban.

Luciendo en forma evidente, que Mercedes Manrique Soriano, al ser la sustituta patronal de Ana Cecilia Manrique Soriano, es la llamada a asumir las deudas laborales de esta, hasta con su propio patrimonio.

DEL SUBSIDIO FAMILIAR

En lo que tiene que ver con la condena por este concepto, deberá en primer término indicarse que, en el líbelo genitor, se reclamó, el pago del subsidio familiar, pero no, desde 1985, sino, desde el año 2006, por lo que, de salir avante, tal pedimento, no se podrá fulminar condena por el interregno de tiempo, reclamado en la alzada.

Debe resaltarse que el *A quo,* no hizo un pronunciamiento expreso frente a este punto, sin embargo, en esta instancia, se procederá a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 287 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPLSS, en el sentido de, "El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado…", y se resolverá de fondo, la inconformidad propuesta.

Es así como para desatar la controversia, debemos remitimos a lo dispuesto en la Ley 21 de 1982, hoy Ley 789 de 2002, que establece:

> **"ARTÍCULO 3°.**
> (…)
> **PARÁGRAFO 1°.** Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:
>
> 1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.
>
> 2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.
>
> 3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.
>
> 4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causaran doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

> 5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagara un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.
> 6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuara pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación.
> 7. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv."

De la lectura, de la normatividad, se tiene que, el hecho de afiliar a María Virginia a la Caja de Compensación Familiar, no implica per se, que cumpla con el lleno de los requisitos legales, para hacerse merecedora al subsidio familiar en dinero, durante el tiempo que estuvo vigente su relación laboral, luego entonces, del escaso causal probatorio allegado, no se acreditó que la actora, tuviera hijos ni hermanos menores de edad, así como tampoco, que sus padres fueran mayores de 60 años y no tuvieren ingresos económicos, por lo que, esta pretensión está llamada al fracaso, debiendo adicionarse la sentencia, en el sentido de negar tal pedimento.

DOTACIONES

Se reclama por la parte actora el pago de las dotaciones, que fueron negadas por el fallador de instancia.

El artículo 230 del Código Laboral Colombiano, modificado por la Ley 11 de 1984 art. 7° contiene la obligación a cargo del patrono de suministrar calzado y vestido de labor al trabajador cuya remuneración mensual sea hasta dos (2) veces el salario mínimo más alto vigente. Así mismo el artículo 234 del Capítulo IV ibídem establece la "prohibición de la compensación en dinero" de las prestaciones sociales establecidas en el mismo capítulo, dentro de las cuales se encuentra la dotación de calzado y vestido de labor.

Como bien es sabido dichos elementos están destinados para el uso exclusivo en el sitio en que se presten las labores y por mandato legal no pueden ser compensadas, sin embargo, cuando tales dotaciones no han sido suministradas por el empleador durante la vigencia del vínculo laboral, genera tal incumplimiento la indemnización de perjuicios, más como quiera, que no se

probaron cuáles fueron los perjuicios que se ocasionaron por la insatisfacción de las dotaciones se debe exonerar a la accionada de este pedimento.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Solicita la accionante en su apelación que se le reconozcan todos los derechos labores, sin aplicarse la excepción de prescripción.

Al respecto, resulta pertinente señalar que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, por regla general, salvo las prescripciones especiales señaladas en las leyes laborales (arts. 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST). Al punto, cabe señalar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-072 de 1994 al pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, determinó que las referidas normas no son contrarias a la constitución y no transgreden los derechos de los trabajadores, debido a que: "Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo."

Ahora, frente a la declaratoria parcial de la prescripción, esta se debe contar desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, exceptuando lo correspondiente al auxilio de cesantías y a las vacaciones las cuales se cuentan desde la terminación del contrato y de 4 años, por hacerse exigible desde el día en que se cumple el año siguiente al que el empleador debía conceder las vacaciones, respectivamente. Así las cosas, dado que el vínculo que unió a las partes finalizó el 31 de diciembre de 2019 y la demanda se radicó el 9 de octubre de 2020 (archivo 1 del expediente digital), es claro que los derechos laborales causados con anterioridad al 9 de octubre de 2017 se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción en los términos señalados por el fallador de primer grado, por lo que se confirmará su decisión en este punto.

COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la demandada ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> "(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. En este orden al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Mercedes Manrique Forero asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se revocará el ordinal cuarto de la sentencia y en su lugar, se condenará en costas de primera instancia a la demandada.

Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el ordinal segundo y parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar no probada la excepción de inexistencia de sustitución patronal e inexistencia de la obligación a cargo de Mercedes Manrique Soriano. Y en su lugar i) **DECLARAR** que entre María Virginia Cortes Forero existió una relación de trabajo entre el 21 de noviembre de 1996 y el 31 de diciembre de 2019, por haber operado la sustitución patronal entre Ana Cecilia Manrique Soriano (q.e.p.d.), y Mercedes Manrique Soriano, con sujeción a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. MODIFICAR el ordinal primero, en el sentido de, **CONDENAR** a Mercedes Manrique Soriano, a realizar el pago de las acreencias laborales, señaladas por el juez de conocimiento, hasta con su propio patrimonio.

TERCERO. REVOCAR el ordinal cuarto, y en su lugar, condenar a Mercedes Manrique Soriano a pagar las costas causadas en primera instancia.

CUARTO. ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **ABSOLVER** a Mercedes Manrique Soriano del pago de aportes a la caja de compensación familiar.

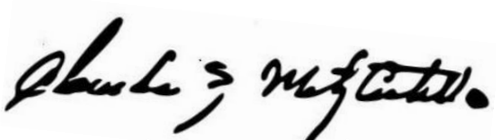
QUINTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada

SEXTO. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de Proceso: 110013105005 2020 00341 01. Demandante: María Virginia Cortes Forero. Demandado: Mercedes Manrique Soriano

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105022 2020 00354 01**
Demandante:	**Fernando Caldas Gacharna**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **Fernando Caldas Gacharna**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías, con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (f°. 3 del archivo 1):

> *"**PRIMERA**: Declarar la **INEFICACIA DE LA VINCULACIÓN, AFILIACIÓN y/o TRASLADO** del señor **FERNANDO CALDAS GACHARNA** al Régimen de*

Ahorro Individual con Solidaridad, registrada del 25 de Abril de 1994, a la ***AFP COLFONDOS por la falta de consentimiento informado debido a la*** *incompleta y engañosa información suministrada al usuario al momento de la afiliación que le impidió ejercer de forma libre el derecho a la elección de régimen pensional.*

SEGUNDA: Declarar la ***INEFICACIA de los traslados horizontales y/o traspasos de AFP,*** *suscritos por el demandnate ante las AFP demandadas registradas de los días 22 de enero de 1996 ante la AFP COLMENA, 11 de julio de 2000 ante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR y 24 de julio de 2002 ante la AFP PROTECCIÓN, por cuanto les precede un acto inexistente y/o ineficaz como fue la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la falta de consentimiento debidamente informado para adoptar la decisión de trasladarse de régimen pensional y la violación al a prohibición de traslado prevista tanto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sin modificación, como en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994.*

TERCERA: *Declarar que el demandante* ***FERNANDO CALDAS GACHARNA, NUNCA*** *ha efectuado una vinculación, afiliación o traslado eficaz y/o válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

CUARTA*. Declarar que el señor* ***FERNANDO CALDAS GACHARNA,*** *siempre ha pertenecido en condición de afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que hoy administra COLPENSIONES.*

QUINTA*. Declarar que el señor* ***FERNANDO CALDAS GACHARNA****, tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague a su favor, una pensión por vejez, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, sobre un valor superior a $8.000.000.00, causada a partir de la fecha en que acredite 62 años de edad.*

SEXTA: *Declarar que si el señor* ***FERNANDO CALDAS GACHARNA*** *se pensiona en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendría un detrimento patrimonial superior a* ***MIL MILLONES DE PESOS*** *($1.000.000.000), toda vez que la pensión de vejez estaría reconocida sobre un valor aproximado de $3.895.403 según proyección ofrecida por el fondo privado PROTECCIÓN."*

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* los fondos demandados a registrar que el actor no efectuó afiliación, vinculación y/o traslado válido y/o eficaz, por falta de consentimiento; *ii)* a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones, los aportes a pensión efectuados, rendimientos, el valor redimido por bono pensional y/o título pensional, comisiones, así como los valores descontados de la cuenta; *iii)* Colpensiones, a registrar y activar su afiliación, además de actualizar su historia laboral; *iv)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 13 de octubre de 1961.
2. Se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 13 de junio de 1983.
3. El 26 de abril de 1994 se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sin recibir una debida asesoría y sin consentimiento informado, luego el 22 de enero de 1995 lo hizo a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
4. Para el 11 de julio de 2000 migró a la AFP Colpatria hoy, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pero quien diligenció el formulario fue el asesor, y finalmente el 24 de julio de 2002 se vinculó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
5. Presentó reclamaciones tendientes a obtener la ineficacia de sus traslados ante los diferentes fondos de pensiones, el 27 y 29 de agosto de 2019, 19 de noviembre de 2019 y 27 de agosto de ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
6. El 31 y 11 de marzo de 2020 solicitó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. se realizara una proyección pensional.
7. Las peticiones presentadas tanto a las entidades del RAIS como al de Prima Media fueron desatadas de manera desfavorable.
8. La proyección de la mesada pensional, arrojó una diferencia ostensible, entre uno y otro régimen.
9. Ninguno de los fondos privados cumplió con su deber legal de brindar una debida asesoría, informando de las características, beneficios y consecuencias que implicaba la realización de tales movimientos en el régimen pensional.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 8 de septiembre de 2020 (archivo 2) y admitir el líbelo introductorio con proveído del 25 de noviembre de 2021 (archivo 4).

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., procedió a contestar la demanda. Aceptó la fecha de nacimiento del actor; así como su traslado a dicho fondo en el año 2000 y las respuestas dadas a sus aspiraciones de retorno al RPM. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. En apretada síntesis sostuvo que, el traslado efectuado por el actor es válido y estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993 (archivo 8).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sentó su inconformidad respecto a las peticiones presentadas. Aceptó la fecha del natalicio del actor, así como la radicación de una petición y la respuesta brindada a la misma. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago. Para fundar su negativa al éxito del petitum, expuso que, la entidad había brindado asesoría integral y completa respecto a las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen, además, tampoco se acreditó que se hubiere presentado algún vicio del consentimiento, suscribiéndose el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria (archivo 9).

La Administradora de Fondo de Pensiones Y Cesantías Protección S.A., fundó su negativa al auge del *petitum*. Aceptó como cierto el natalicio del demandante y la no acreditación de la idoneidad del asesor, así como los traslados horizontales efectuados y la no realización de proyecciones pensionales. Como medios exceptivos propuso los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; la innominada o genérica; reconocimiento

de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe;. En apretada síntesis expuso que el traslado era existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, amén, que el formulario de vinculación fue suscrito de manera libre y espontánea (archivo 10).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS hasta 1983, así como la radicación de reclamación administrativa, el pronunciamiento y la remisión de documentos reclamados; así como la negativa emitida respecto a su retorno al RPM. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (archivo 11).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 21 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 28 ibídem):

> "***PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado efectuado por el señor* ***FERNANDO CALDAS GACHARNA,*** *al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 26 de abril de 1994. En consecuencia, DECLARAR*

que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

***SEGUNDO: ORDENAR** a Protección S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, dineros debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.*

***TERCERO: ORDENAR** a Porvenir S.A., y a Colfondos S.A. a que remitan a COLPENSIONES, los dineros que recaudaron por concepto de gastos y cuotas de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a esos fondos debidamente indexadas, conforme quedó explicado en precedencia.*

***CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto.*

***QUINTO: CORDENAR** a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de las demandadas, Porvenir S.A., Protección S.A., y Colfondos S.A., igualmente a que realice los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia.*

***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.*

***SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.*

***OCTAVO: CONDENAR** en costas a las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV, a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*

***NOVENO: CONSÚLTESE,** la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social"*

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, "*…en el presente caso y contrario a lo señalado por las demandadas, se encuentra que el actor sí estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Esta afirmación se corrobora con el documento presente a folios 187 a 188 del PDF número 12, en el que se constata que el actor a partir del 13 de junio del año 1983 y hasta el 8 de diciembre del año 1985, se encontraba realizando aportes bajo el empleador Gran financiera SA en el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy con pensiones así las cosas, mal podría este despacho señalar como erradamente lo indican las demandadas que*

por el hecho de cesar la cotización de alguna manera existió una desafiliación del sistema, ya que se reitera la afiliación es permanente e independiente del régimen pensional, finalmente, de conformidad con lo anterior, nos sobra señalar que la filiación realizada por el actor en el año 1983 no perdió validez alguna y tampoco por el simple hecho de que con posterioridad ello haya prestado servicios para una empresa que tenía a su cargo el pago el reconocimiento y pago de pensiones, así las cosas y superado este tema se encuentra demostrado con el historial laboral que el promotor del juicio efecto un cambio de régimen, esto es, del régimen de prima media del que venía al régimen de ahorro individual el día 26 de abril del año 1994 a la AFP Colfondos así se colige el reporte de Asofondos documento 10, expolio 86 y del formulario de afiliación a dicha FP, documento 9, folio 110.

Posteriormente también, se encuentra que realizó un cambio de fondos de la AFP Colmena ING hoy Protección S.A., AFP Horizonte hoy Porvenir SA y finalmente, el 24 de julio del 2002 a la AFP protección SA, donde actualmente se encuentran sus dineros. Conforme a las pruebas allegadas al plenario encuentra el despacho que la AFP Colfondos, SA incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demostró en el presente proceso y en los términos señalados por la sala de Casación laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al preciso momento de su afiliación una información clara, cierta, comprensible, oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitieran conocer al actor los efectos de trasladarse con atención a su situación personal".

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, las demandadas interponen recurso de apelación en los siguientes términos.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sentó su inconformidad a la declaratoria de ineficacia, pues el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM; tampoco se acreditaron vicios del consentimiento, al momento de suscribir el formulario de traslado, de acuerdo a lo expuesto por el mismo demandante en el interrogatorio de parte; por otro lado, el demandante debía informarse sobre la escogencia del régimen pensional, del cual

dependía sus aspiraciones económicas, agregando que se debe tener en cuenta su calidad profesional. En caso de no acogerse sus argumentos, se debe condicionar el cumplimiento de la sentencia, hasta tanto se trasladen los aportes del demandante al RPM. Finalmente, señaló que no se debía imponer condena en costas al ser un tercero que no participó en el acto jurídico del traslado.

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., reprocha que se hubiera ordenado la devolución de gastos de administración, los cuales se descuentan por disposición legal y no por capricho de la entidad, además, tienen una destinación específica, entre ellos el pago de seguros, los cuales siguen pagándose a terceros y han generado rentabilidad a favor del afiliado, generándose un enriquecimiento injustificado del fondo que recibe dicho rubro, además ha operado la prescripción respecto a estos recursos y tampoco se fijó el litigio respecto a la devolución en poder de terceros; no es viable ordenar la indexación de los conceptos a devolver al RPM, pues con los rendimientos se encuentra compensado.

La Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, sienta su inconformidad respecto a la sentencia emitida, al estimar que, no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, al haber afirmado el demandante en el interrogatorio de parte que, "*si bien estuvo vinculado al Instituto de los Seguros Sociales, el mismo pasó, que sus aportes sean administrados por una entidad petrolera en la cual trabajó durante 8 años y posteriormente realizó su traslado y vinculación al Régimen de Ahorro Individual, el cual queda demostrado dentro del historial de vinculaciones que emiten los fondos a través de su aplicativo SIAFP*"; el movimiento a Colfondos se realizó de manera libre y por tanto, no se pueden aplicar en forma extensiva las consecuencias contempladas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; la suscripción del formulario cumplieron con los requisitos legales; además, los movimientos horizontales demuestran el interés del actor en permanecer en el RAIS; el interés de retornar al RPM no es por la falta del deber de información, sino al cumplimiento de una expectativa pensional superior al ofrecido en el fondo. No se podía reclamar el cumplimiento de requisitos que no se encontraban vigentes para dicha época, pues tan solo hasta el año 2016, se empezó a exigir a

los fondos un soporte adicional al formulario de afiliación. Adicionalmente, el promotor del litigio no se preocupó por su situación pensional y en tal sentido no se puede beneficiar de su propio actuar y culpa. Se encuentra inmerso en una prohibición legal de retornar al RPM. En caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, solicita se revoque la condena a la indexación de los gastos de administración y seguros previsionales, al no ser parte de su patrimonio, generándose una doble condena, al ordenarse también la devolución de los rendimientos financieros.

La Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, en primer lugar, al estimar que, la valoración probatoria no fue idónea, ya que, el acto de traslado no proviene del RPM hacia Colfondos, sino de una Caja de Previsión Social, "desconociendo entonces que es este acto el que se está dejando sin efectos y el que se está pretendiendo retrotraer sin considerar la juzgadora que no se puede retrotraer los actos jurídicos de una persona jurídica que no ha sido vinculada a un proceso, en este caso, quien recibía los aportes de la demandante. En segundo lugar, pretender desconocer que antes de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales que emana la juez de instancia como fundamento para decir que el demandante si estuvo afiliado en el régimen de prima media, posterior a esto, hubo una afiliación a una caja de previsión social, que si bien se considera del régimen de prima media, pues no fue este el acto jurídico que se demandó como ineficaz en la demanda, en las pretensiones y en los hechos, por ende se está fallando descuidando que aquí hay un acto de vinculación del régimen de prima media y la selección inicial del sistema general de pensiones, diferente a los que se están siendo calificados o demandados en los procesos de ineficacia…", por lo que no se pueden aplicar las mismas declaratorias y sus consecuencias como si se tratara de Colpensiones, es imposible fácticamente a la luz de la jurisprudencia.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegaciones finales.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

i) Si Fernando Caldas Gacharna, se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 y en caso de ser afirmativa esta premisa, se entrará a estudiar la viabilidad de la declaratoria de ineficacia del traslado reprochada.

ii) ¿la simple suscripción del formulario de afiliación supone que el traslado de régimen es válido?

iii) En el año 1994, ¿las AFP no tenían la obligación de brindar asesoría?

iv) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

v) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema

vi) Procede la declaratoria de la excepción de prescripción.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

No es motivo de discusión que el **demandante** laboró en Granfinanciera S.A., entre el 13 de junio de 1983 y el 8 de diciembre de 1985 (f° 101 del archivo 10), realizando aportes a un fondo o caja de previsión social, pues,

de la información registrada en el reporte, no se avizora el nombre de la caja a la que se realizó tales aportes, sin embargo, al contrastar esta información con la historia laboral adosada a folio 191 del archivo 12 del expediente digital, se tiene que, dicho interregno de tiempo fue trasladado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Que el 26 de abril de 1994, suscribió formulario de inscripción a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. (f°. 110, archivo 9).

Por lo tanto, en el *sub judice*, Fernando Caldas Gacharná, se afilió a una caja de previsión social o fondo el 13 de junio de 1983, al iniciar su vida laboral con Granfinanciera S.A., es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, luego entonces, al extinguirse esta, de manera automática, el actor pasó a incorporarse al extinto Instituto de Seguros Sociales, tal y como se puede evidenciar con la historia laboral emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien reporta en el haber de este, una densidad de 130 semanas de cotización, por lo que la inscripción realizada el 26 de abril de 1994 a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., es un traslado, y en este sentido debe estudiar la ineficacia del mismo bajo los lineamientos legales vigentes para dicha calenda.

Otro aspecto relevante, que se debe aclarar es que, si bien el apoderado de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir alega que la vinculación al sistema de seguridad social del actor con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, se presentó con una empresa petrolera que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, también es cierto que, tal situación, en forma alguna desdibuja el hecho, que la afiliación realizada por el demandante, se hubiere materializado en 1983 con el extinto Instituto de Seguros Sociales, tal como lo expuso la juez de conocimiento, y, esta no se perdió ni se suspendió, sino que se mantuvo inactiva hasta la data cuando se presentó el traslado de régimen.

1. De la ineficacia del traslado.

Ahora bien, debe señalarse que, en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, efectuado por intermedio de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha entidad, mostrándose conforme al respecto.

Pese a lo anterior, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sienta su inconformidad respecto a la declaratoria de ineficacia, debatiendo, que el traslado fue realizado de manera voluntaria.

El articulo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: "**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

> (…)
> "Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo".

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: "*REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones*".

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "*la obligación de las entidades de*

suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Y la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, en torno a la ineficacia del traslado ha efectuado las siguientes precisiones, que son necesarias recordar, así:

1. No es presupuesto para que se apliquen las reglas sobre la materia ser beneficiario del régimen de transición, contar con una expectativa legítima o tener un derecho adquirido, ya que tal exigencia no se encuentra prevista en la ley ni en la doctrinada construida por la Corporación (CSJ SL2229-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL4205-2022, CSJ SL1565-2022.)

2. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019,CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

3. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «*comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga*

un consentimiento informado, el que ha sido definido como « un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria(CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL1637-2022), puesto que « esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205-2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

> *[…] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).*

7. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el

capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 26 de abril de 1994 (f°. 110 del archivo 9); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un

consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), "entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna" (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación no denota el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS.

En efecto, el documento de afiliación suscrito por el demandante (26 de abril de 1994), se anota con leyenda preimpresa: "BAJO JURAMENTO, QUE REALIZO EN FORMA VOLUNTARIA, LIBRE Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN (...) CON SOLIDARIDAD, Y A SU VEZ LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (...) PARA QUE SEA LA ÚNICA ENTIDAD QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE (...) EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS" (los apartes separados con puntos suspensivos se encuentran cortados y por ende ilegible) lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: - copia de la cédula de ciudadanía de Fernando Caldas Gacharna (f°. 36 archivo 1, f°. 44 archivo 8); reporte de semanas cotizadas emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (f°. 41 archivo 1), historia laboral emitida por la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección (f°. 43 -56 archivo 1 y f°. 88 archivo 10); vinculaciones del demandante durante su vida laboral (f°. 57 archivo 1); formulario de traslado suscrito por la actora el 11 de julio del 2000, 24 de julio de 2002 (f°. 58, 59 archivo 1; f°. 66 archivo 8, f°. 50 archivo 10), petición presentada ante Colfondos Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y Protección y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (f°. 60-68, 69-77, 78-92, 93-101 archivo 1), la respuesta dada a sus pedimentos, por

los demandados (f°. 102-129 archivo 1; f°. 45, 53, 62, 68 archivo 8), la contestación expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia a solicitud de información esporádica (f°: 130-131 archivo 1), Circular externa 001 del 8 de enero 2004, expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia (f°. 132-136 archivo 1); relación de aportes del periodo que estuvo afiliado a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir (f°. 64 archivo 1); certificado de afiliación e historia laboral emitidas por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir (f°. 75-78 archivo 8); certificado emitido por Asofondos (f°. 79 archivo 8, f°. 86 archivo 10); copia de página de periódico, en el que se avizora un comunicado de prensa (f°. 82 archivo 8; f°. 110 archivo 10), documento denominado "pensiones traslado de recursos entre regímenes" (f°. 85 archivo 8); historial de vinculaciones del afiliado (f°. 109 archivo 9); formulario de traslado a Colfondos Pensiones y Cesantías (f°. 110 archivo 9); movimiento horizontal efectuado el 22 de enero de 1996 (f°. 46 archivo 10); formato de consentimiento en el traslado (f°. 47, 48 archivo 10); reporte de estado de cuenta en la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (f°. 51 archivo 10); resumen historia laboral entre el 13 de junio de 1983 y el 8 de diciembre de 1985 (f°. 101 archivo 10); políticas para asesora a personas naturales (f°. 103 archivo 10); artículo denominado "administradoras de fondos de pensiones, deber de asesoría e información al consumidor financiero" expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (f°. 108 archivo 10); expediente administrativo expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones (archivo 12) - no permiten colegir que la AFP Colfondos S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que el demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Una precisión es necesaria. Si bien no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con los formularios de afiliación aportados, se itera de ellos no se evidencia si la demandante

recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Lo mismo se predica respecto de las demás pruebas documentales en el expediente, todas ellas son posteriores al acto de traslado y ninguna permite establecer si las AFPs demandadas le brindó a la actora información clara, verídica, completa y pertinente previo a su traslado.

Teniendo la carga de la prueba de la asesoría las Administradoras del RAIS, una vez examinado el acervo probatorio, no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, Colfondos Pensiones y Cesantias S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir hicieron referencia en sus recursos de apelación a la restricción de traslado del parte actor, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se les recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuada el 26 de abril de 1994, con destino a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales

sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por las convocadas antes mencionadas en este punto.

2. De los vicios del consentimiento

Las argumentaciones expuestas en forma precedente, son suficientes para indicar que, no resulta adecuado, como lo señala la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos.

Se duele Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, al encontrarse compensado dicho concepto con el valor de los rendimientos.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar

al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo

concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

5. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

6. De la prescripción.

En este punto, se deberá precisar que Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sentó su inconformidad respecto a la no declaratoria de la excepción de prescripción propuesta, sin embargo, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del

traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

7. De la condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado del demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena en costas. En igual sentido, respecto a las demandadas, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir y Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, así como Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., también se impondrá condena en costas al no salir airosos los recursos impetrados.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 21 de junio de 2023 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., para que en el término de 30 días para que pongan a disposición de la

Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal octavo de la sentencia, en el sentido de **ABSOLVER** a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

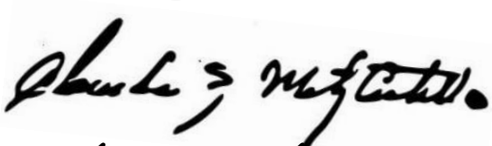
TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso:	**110013105001 2021 00374 01**
Demandante:	**Joaquín Gamboa Mogollón**
Demandado:	**Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Joaquín Gamboa Mogollón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas y de condena (f° 2, archivo 2):

> "PRIMERO: Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado por el Señor **JOAQUÍN GAMBOA MOGOLLÓN** del **ISS** hoy **COLPENSIONES** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., NIT 800144331-3**, entidad representada por su Presidente **Dr. MIGUEL LARGACHA MARTINEZ**, o por quien haga sus veces.

> **SEGUNDO:** Que se declare que el señor **JOAQUÍN GAMBOA MOGOLLÓN**, demandante no recibió ninguna información o asesoría clara y precisa de parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones anteriormente señaladas sobre los beneficios y consecuencias del traslado a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; al momento de realizarse el traslado y por lo tanto deviene ineficaz el traslado realizado entre regímenes pensionales…"

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar aportes, cotizaciones, gastos de administración, bonos, aportes adicionales con frutos e intereses; *ii)* Colpensiones, a validar los aportes trasladados e incorporarlos a su historia laboral; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 2 de enero de 1962.
2. Cotizó un total de 738 semanas al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de enero de 1982 y el 31 de agosto de 1998.
3. Prestó sus servicios al sector público
4. El 20 de diciembre radicó reclamación de traslado ante la Administradora Colombiana de Pensiones, pero este fue despachado de manera desfavorable.
5. El 18 de agosto de 2020 elevó ante el RAIS pedimento de retorno al RPM, pero se resolvió negativamente a sus intereses.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 2 de julio de 2021 (archivo 3), con auto del 11 de enero de 2022 se inadmitió y al subsanarse las falencias avizoradas en el introductorio, con auto del 22 de marzo de 2022, se procedió a admitir la demanda (archivo 6).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No aceptó

los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. En apretada síntesis sostuvo que, el traslado efectuado el 16 de abril de 1999 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, de acuerdo a la información registrada en el formulario de afiliación (archivo 08).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones sentó su oposición respecto a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha del natalicio del actor, su inicial vinculación al ISS, así como la cotización de 730 semanas en dicha entidad y la presentación de reclamación administrativa y su respuesta desfavorable; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJSL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, y la innominada o genérica. Como argumentos de su defensa expuso que, el traslado de régimen fue realizado con plena voluntad del cotizante, además se encontraba inmerso en una prohibición legal para la fecha en que solicitó su retorno al RPM, tornándose improcedente e ilegal la reactivación de su afiliación y el traslado (archivo 10).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 15 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 30):

> *"***PRIMERO- DECLARAR** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor JOAQUÍN GAMBOA MOGOLLÓN, identificado con la C.C. N° 79.269.826, a través del fondo administrado por la demandada PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia.
>
> **SEGUNDO.- ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a autorizar el traslado pensional del demandante señor JOAQUÍN GAMBOA MOGOLLÓN, identificado con la C.C. N° 79.269.826 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 PORVENIR S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor JOAQUÍN GAMBOA MOGOLLÓN, de condiciones civiles ya indicadas, 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, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante ha estado al fondo privado de pensiones, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

CUARTO.- DECLARAR que COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en esta instancia judicial"

Como argumento central de su decisión, sostuvo que, del acervo probatorio se advertía que Porvenir S.A., había omitido el deber de obrar en consonancia con el principio de eficiencia, dando lugar ello, a la situación desfavorable del demandante, al no poder escoger la opción pensional de su real conveniencia, siendo procedente la declaratoria de ineficacia y consecuencialmente, la devolución del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, de acuerdo a lo preceptuado en la sentencia SL4964-2018, SL 1688-2019, SL2877-2020, SL 4811-2020 y SL 373-2021.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, las demandadas impetraron recurso de apelación en los siguientes términos:

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones argumentó que la ineficacia declarada conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad; el actor no puede exonerarse de su deber de ilustrarse frente a

la decisión de cambio de régimen pensional, aunque al declararse la ineficacia del traslado se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, solicitó la revocatoria del ordinal tercero, al considerar que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autoriza a los fondos realizar descuentos respecto de la cotización realizada por los afiliados, por ello, los únicos dineros que se deben trasladar son los saldos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado y Colpensiones. Añadió, que no es procedente devolver los gastos de administración y las primas de seguro previsional, toda vez que fueron enviados dichos rubros a la compañía aseguradora, y menos indexados, porque con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. En caso de no acogerse sus planteamientos, solicita se autorice a la entidad que de los rendimientos financieros generados a favor del actor se hagan los descuentos respectivos con relación a las condenas impuestas en primera instancia.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, argumentando que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, sin existir vicios del consentimiento.

A su turno, Colpensiones reitera lo expuesto en su apelación, además de manifestar que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

Por su parte, la parte actora presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión del *A quo*.

7.PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema

ii) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la administradora del RPM.

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A, decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto.

Una precisión es necesaria. Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez y que no se acreditaron vicios del consentimiento a la fecha de materializarse la migración de régimen. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia no fue objeto de ataque. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan

en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

> *(…) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).*

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, los puntos esgrimidos a la hora de sustentar la alzada.

De la declaratoria de la ineficacia del traslado y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021,CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total

de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, esto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y

comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta

instancia, luego entonces, no incurrió en ningún desacierto el juzgado de conocimiento a la hora de ordenar la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Plazo para el traslado de los dineros.

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Condena en costas.

Dado el resultado desfavorable del recurso impetrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se le impondrán las costas de esta instancia. No se impondrá condena por este concepto a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, al salir avante el recurso impetrado de manera parcial.

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

RESUELVE

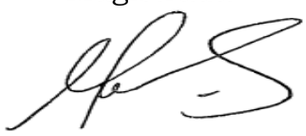
Primero.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Segundo.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de UN (1) smlmv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

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

Número de Proceso: **110013105011 2021 00386 01**
Demandante: **Oscar Ortiz Amariles**
Demandado: **Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Gineth Alba Reyes, Luis Felipe Londoño, Tatiana Hoyos Ángel**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Oscar Ortiz Amariles, por medio de apoderado judicial, demandó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con el fin que se declarara: *i)* la existencia de un contrato de trabajo desde el 6 de septiembre de 2000, hasta el 5 de marzo de 2021; *ii)* que existió acoso laboral por parte de la demandada a través de los señores Gineth Alba Reyes, Luis Felipe Londoño, Tatiana Hoyos Ángel y Constanza Mejía de los Ríos; lo que ocasionó deterioro y menoscabo en su estado de salud; renunció a la entidad por la presión ejercida. Consecuencia de lo anterior reclama se condene a la demandada a pagar: *i)* la multa contenida en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 1010 de 2006; *ii)* a la EPS el 50% de los gastos relacionados con su tratamiento médico, de acuerdo con lo ordenado en el numeral 4 de la referida ley; *iii)* la indemnización del artículo 64 del CST.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de las pretensiones en síntesis expresa que; *i)* laboró para la Federación Nacional de Cafeteros desde el 6 de septiembre de 2000; *ii)* se afilió al sindicato de Trabajadores de la entidad – SINTRAFEC en el año 2003; *iii*) en el año 2011 fue elegido como miembro de la Junta Directiva Nacional de esta organización sindical; ostentó de manera continua fuero sindical hasta la fecha de desvinculación de la empresa; *iv)* siempre fue víctima de acusaciones propias de esa actividad; sufrió hechos de persecución, señalamiento y hostigamiento por el personal directivo de la empresa y otros colaboradores de la misma; *v*) durante los 5 años anteriores a la finalización del contrato de trabajo se intensificó la hostilidad y persecución; *vi)* en el año 2016 presentó queja ante el comité de convivencia; se desestimó la existencia de acoso; *vii)* en el mismo año se adelantó en su contra un proceso de acoso por unas publicaciones realizadas en el boletín de Café Industrial en junio de la calenda en cuestión y en enero de 2017 se dio la orden de retractación de las publicaciones realizadas; en el rotativo no se expresó que él haya sido el autor de la columna y por tanto las reclamaciones debían realizarse directamente contra el Boletín del Café; *viii)* para esa misma data sufrió una disminución importante en su salario e incremento de sus funciones, desmejorándose sus condiciones laborales; *ix*) el 11 de marzo de 2018 fungió como jurado de votación y votante; solicitó los compensatorios a los que tenía derecho, pero estos fueron negados; *x)* en enero de 2018 solicitó una beca de estudio, de acuerdo a lo estipulado en la Convención Colectiva, pero tal pedimento no fue contestado; también le fueron negados los permisos sindicales, de acuerdo a la naturaleza de las funciones desplegadas; *x)* en el año 2018 se instaura proceso de levantamiento de fuero sindical, argumentándose para tal efecto una falta gravísima; el proceso fue tramitado ante el Juzgado Civil de Circuito de Chinchiná; el fallo judicial autorizó el levantamiento del fuero sindical; contra tal determinación se presentó recurso de apelación; la sentencia fue revocada al haber operado el fenómeno de la prescripción; *xi*) en diciembre de 2018 lo envían a casa, con el respectivo disfrute de sus derechos económicos; esta situación le causa afecciones en su salud; *xii*) para marzo de 2021, se encontraba en tratamiento siquiátrico, al presentar "trastorno desadaptivo, depresión recurrente por estrés laboral y con un pronóstico no favorable"; el sindicato empezó unas negociaciones sin respetar los derechos de las minorías; *xiii)* formuló acción de

tutela contra el sindicato, con el fin de dejar sin efectos la convención colectiva de trabajo de 2021, pero esta fue negada en las dos instancias, *xiv)* se le trasladó al Municipio de Soacha, a partir del 8 de marzo de 2021; orden que le generó preocupación y angustia a nivel familiar, sindical, médico; *xv)* fue llamado a negociar su salida de la empresa; le ofrecieron una compensación de $243.875.916 para dar por terminado el vínculo laboral; debido al acoso y a la determinación de trasladarlo al Municipio de Soacha, bajo presión aceptó la propuesta de terminar el contrato de trabajo; el 5 de marzo de 2021 feneció la relación laboral (f° 1 del archivo 4 del expediente digital).

3. ACTUACION DEL JUZGADO.

En audiencia pública celebrada del 28 de abril de 2022, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, a través de su apoderado, da contestación a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando para tal efectos que, el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, a través de conciliación celebrada el 4 de marzo de 2021, ante el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná – Caldas, además, que, jamás ejerció los mecanismos internos para la prevención y corrección de hechos constitutivos de acoso laboral, habiendo operado el fenómeno de caducidad; frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno de los enunciados en el líbelo genitor. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, prescripción, caducidad de la acción, cosa juzgada, buena fe, falta de causa para pedir, pago y compensación, y la genérica (archivo 18 del expediente digital).

El apoderado de la parte demandante presentó reforma a la demanda, en el sentido de convocar como demandados, a los señores, Gineth Alba Reyes, Luis Felipe Londoño, Tatiana Hoyos Ángel y Constanza Mejía. Respecto a los fundamentos fácticos informó que presentó petición ante la entidad, con el fin de adelantar defensa técnica ante el Juzgado Civil de Circuito, debido a la demora en la respuesta, incoó acción de tutela; se ordenó en fallo de tutela que le fueran expedidos los documentos requeridos. Reclama como pretensiones se declare que existió acoso por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a través de los señores, Gineth Alba Reyes, Luis Felipe Londoño, Tatiana Hoyos Ángel y Constanza Mejía de los Ríos. Además, enlistó unos documentos

adicionales y solicitó los interrogatorios de los demandados, en el respectivo acápite de pruebas (1:54:35 del archivo 8 del expediente digital).

El promotor litigioso en audiencia pública celebrada el 28 de abril de 2022, desiste de la demanda instaurada, frente a Constanza Mejía de los Ríos (11:12 del archivo 22 del expediente digital)

La Federación Nacional de Cafeteros, se pronunció respecto a la reforma a la demanda, en los mismos términos de la demanda principal (24:20 del archivo 22 del expediente digital)

Por su parte, los señores Gineth Alba Reyes, Luis Felipe Londoño y Tatiana Hoyos Ángel, dieron contestación a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, al estimar que, no se incurrió en ninguna de las conductas tipificadas como constitutivas de acoso laboral y tampoco han procurado un trato diferenciador con el demandante. Frente a los hechos manifestaron no ser ciertos o no constarle la totalidad de fundamentos fácticos relatados. Como excepciones proponen caducidad de la acción, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, buena fe, prescripción, cosa juzgada, pago, compensación y la genérica. (1:19:00 del archivo 22 del expediente digital).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 18 de julio de 2022 dispuso (archivo 30 del expediente digital):

> "PRIMERO. – ABSOLVER a los demandados, persona jurídica de derecho privado, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, así como a los ciudadanos vinculados en el presente trámite procesal, Luis Felipe Londoño, Gineth Alba Reyes y Tatiana Hoyos Ángel, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por parte del demandante Oscar Amariles Ortiz de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.
>
> SEGUNDO. - DECLARAR probada la excepción de mérito de inexistencia del derecho de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de este proveído.
>
> TERCERO. - CONDENAR en costas al demandante. Liquídense por secretaria, inclúyanse en ellas la suma de trescientos mil pesos ($300.000) como valor en

que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con el Acuerdo 10554 de agosto del año 2016 adicionándose la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - CONSÚLTESE esta decisión en favor de la parte demandante, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta providencia, en caso de no ser apelada por parte de este sujeto procesal"

Fundó su decisión en que, "es así que desde el líbelo introductorio se señalaron como posibles conductas que ocasionaron este acoso laboral, las siguientes: fueron 5, que en el año 2016 elevó queja ante el Comité de convivencia por acoso laboral y que la misma conducta fue desestimada. Que en el año 2016 posteriormente, se le adelantó una queja de acoso en su contra ante el Comité de convivencia; tercer hecho, que se adelantó un proceso de levantamiento de fuero sindical con el fin de dar por terminado el vínculo contractual, proceso bajo radicado 2019 010, como se ha venido indicando cuyo conocimiento lo asumió el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná Caldas, como un cuarto hecho; la orden de trasladar al accionante al municipio de Bogotá a partir del día 8 de marzo del año 2021 y un quinto hecho que se dio apreciación en el trámite del recaudo probatorio que da cuenta de la siembra de una planta en un sitio donde el aquí demandante tomaba su descanso después de la ingesta de su almuerzo.

Es por ello y en aras de verificar en primera medida si tales conductas se cometieron o no y en un segundo orden de estudio, si estas, conductas, dan cuenta y cumplen con los requisitos para que se puedan declarar, que hay un acoso laboral en contra del aquí demandante se tiene que el despacho en el análisis de todo su conjunto de material probatorio que milita en el informativo y al amparo del ordenamiento jurídico, que la parte demandada, ni tanto la persona jurídica de derecho privado, ni los tres ciudadanos Negaron que estas conductas hayan pasado se hayan ocasionado entonces, habiendo superado como el primer requisito a tener en cuenta, es que se hayan cometido las posibles conductas, pues es deber del despacho emitir, pronunciamiento de si las mismas concurren sus requisitos para que se puedan ser declaradas como acoso laboral. Para dicha finalidad, pues debemos remitirnos a la premisa normativa que regula tal situación, que no es otra que el artículo segundo de la Ley 1010 del año 2006, donde el legislador define lo que lo que puede denominarse determinarse como una conducta de acoso...", agregando que en el presente tópico se debía hacer estudio bajo el abrigo del 2°, literal c, k, l, del artículo 7°, de la aludida normativa legal; agregando que, del estudio de la prueba testimonial de Carlos Alberto Gil y Luz Vianey, "no avisaron ninguna clase de maltrato, comentario hostil, humillante o discriminatorio como tampoco la imposición de obligaciones ostensiblemente extrañas a la naturaleza del cargo que ocupaba el aquí demandante, ni la negación de materiales o información indispensable para el ejercicio de su labor. Ahora bien, también se tiene o se contó con el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la pasiva, en donde se le interrogó acerca de medidas que hayan tomado desde la gerencia de la empresa encartada frente a la situación del traslado del actor desde su lugar de trabajo de Chinchiná Caldas, hacia la ciudad de Bogotá, que se enmarcaría en el literal K, perdón en el literal I de la norma señalada, en donde indicó y también se le hizo preguntas respecto de los hechos objeto de debate en el trámite del proceso de

levantamiento, de fuero sindical y permiso para despedir a lo que el interrogado contestó; Qué se debía ajustar a las resultas del trámite judicial, adelantado en el Juzgado Circuito Civil del Circuito de Chinchiná, Caldas, respecto al proceso. A su vez, respecto del traslado, indicó que no se contaba con otro empleado que cumpliera con el perfil o las calidades del accionante y de ahí que, ante la necesidad de la empresa, se ordenó su traslado a la ciudad de Bogotá. Lo cierto es y de los interrogatorios de parte de los ciudadanos, finalmente, Luis Felipe Londoño, Tatiana hoyos y Gineth Alba Reyes poco o nada aportaron a estos propósitos, en el entendido que se limitaron a mencionar los hechos que si se narraron en la demanda, inclusive se amplió una más de las situaciones descritas en relación con cada uno de los testigos, o declarantes, empero, de lo declarado ante este despacho en aquellas diligencias no permitieron concretar o dar claridad plena de que los aconteceres que el demandante denunció como conductas de acoso laboral en realidad lo sean, pues no sé, logró según el propósito de este medio de convicción. Poner de presente algún elemento que así lo configure, como se viene diciendo, estas declaraciones confirman los hechos sí ocurrieron, más no demuestran ante este despacho que los mismos hayan actuado de una manera sistemática, de hostigamiento continuado. Son hechos aislados. Por ejemplo, llama poderosamente la atención que si la relación bajo estudio se ha llevado con ciertas fricciones notorias de parte y parte que se quejaron en un momento, el uno al otro, es decir, tanto el demandante en su oportunidad del año 2016, presentó queja acoso laboral frente a la empresa, la cual el Comité de convivencia la organización, no le hallo el mérito de tal, porque en cuanto otros motivos de su cara, razones de descontento de su parte frente a la operación y proceder de la demanda más que una evidente persecución en su contra, por ejemplo, se sembró en lo que he señalado en el arbusto que fuera sembrado en el Prado, donde habitualmente descansaba después del almuerzo asimismo, que en el 22 de enero del año 2019, la compañía acudiera a la jurisdicción a una acción que derivó el del levantamiento de fuero sindical para autorizar o solicitar la autorización para el despido del demandante, quien entonces era aforado con resultas estimatorias de las pretensiones en la primera instancia, pero que dicho fallo se revocó en sede apelación, a razón de que operó la prescripción en efecto extintivo, al haberse incoado la acción por fuera los dos meses de plazo, a partir del conocimiento de los hechos, esto es, el 8 de noviembre del año 2018, según lo dio por demostrado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, sin embargo, se reitera todos los puntos en los cuáles vas a la acción, el aquí demandante quedaron ventilados en el presente proceso para este despacho, entonces, ninguna de las conductas descritas normativamente en la Ley 1010 del año 2006 conducen o pueden determinarse con plena certeza, considerativa de acoso laboral también para dicho para dicha resolución nos debemos remitir a la sentencia emitida por el órgano de cierre de esta jurisdicción y de esta especialidad, sentencia número de providencia es el 17063 del año 2017…”

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo,* el demandante solicita se revoque la sentencia, al estimar que se hizo una errónea valoración de las pruebas y los hechos de la demanda, excluyéndose del debate que, al actor, le fue negada la

expedición de documentos por parte de la señora Tatiana y tan solo, con la presentación de la acción de tutela, se emite la información requerida, obviando que, tal pedimento buscaba allegar pruebas en el trámite del proceso de levantamiento de fuero sindical y a partir de allí empieza su problema psicológico, de acuerdo a lo expuesto por la compañera permanente del ex trabajador; por otro lado, que el traslado no se materializó por orden de una acción de tutela, pero no por voluntad de la empresa; el acuerdo para terminar el contrato de trabajo de mutuo acuerdo, se celebró para librarse del trabajador; además, se presentó hostigamiento al trabajador, trayendo como consecuencia su desvinculación de la empresa y los problemas sicológicos.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes en contienda presentaron alegatos en esta instancia.

La parte actora se ratifica en los hechos objeto de recurso de alzada y hace un recuento de las conductas alegadas como constitutivas de acoso laboral en el introductorio, reclamando se realice un ejercicio hermenéutico tendiente a desentrañar el verdadero alcance y finalidad de las acciones desplegadas por los convocados a juicio.

A su turno, el apoderado de Gineth Alba Reyes, Tatiana Hoyos Ángel, Luis Felipe Londoño Suárez y la Federación Nacional de Cafeteros, reclaman se confirme la sentencia, al considerar que no se demostró que se estuviera cometiendo una conducta de acoso laboral.

7. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con las exposiciones realizadas por las partes en contienda, procede esta Corporación a entrar a estudiar si la Federación Nacional de Cafeteros, a través de Gineth Alba Reyes, Tatiana Hoyos Ángel, Luis Felipe Londoño Suárez incurrieron en conductas que se encuentran tipificadas como de acoso laboral? en caso de ser afirmativa esta premisa, si se deben imponer las sanciones contempladas en el artículo 13 de la Ley 1010 de 2003.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con los lineamientos trazados en el artículo 66 A del CPT y la SS, la sala realizará el estudio correspondiente atendiendo lo indicado en la sustentación del recurso presentado por el demandante.

De la Relación Laboral.

No es objeto de controversia en la alzada, que las partes estuvieron atadas a un contra de trabajo, a partir del 6 de septiembre de 2000, para desempeñarse en el cargo de instrumentalista, hasta el 5 de marzo de 2021, cuando ambas deciden terminarlo por mutuo acuerdo (f°. 19 del archivo 4).

De las conductas de acoso laboral.

El objeto principal de la Ley 1010 de 2006 es definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado u ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Conforme lo asignó el legislador en el artículo 2 de la citada norma, se tiene por definición legal que el acoso laboral es:

> "(…) toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo. (…)"

Bajo este supuesto, se tiene que el bien jurídico tutelado es "el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados y contratistas, la armonía entre quienes comparten el mismo ambiente laboral y el buen ambiente de la empresa"[1], de ahí que el mismo artículo cataloga **modalidades** con las cuales se puede también presentar esta forma de agravio a los trabajadores. Así:

---

[1] Sentencia C-780/07 del 26 de septiembre de 2007.

1. **Maltrato laboral.** Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

2. **Persecución laboral:** toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

3. **Discriminación laboral**: <Numeral modificado por el artículo 74 de la Ley 1622 de 2013. todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

4. **Entorpecimiento laboral:** toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

5. **Inequidad laboral:** Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.

6. **Desprotección laboral:** Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

Del mismo modo los artículos 7 y 8 de la citada ley, establecen las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso.

En los anteriores términos, lo dejo sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17063 de 2017:

> "Para efectos de identificar tales conductas, debe entenderse que es natural que en el desarrollo de las diversas actividades que se realizan en el entorno de la empresa surjan conflictos, derivados bien de la acción organizativa del empleador, o de la imposición de la disciplina, que en modo alguno pueden llegar a ser calificadas como acoso, pues este hace referencia más bien a un **hostigamiento continuado,** que se origina entre los miembros de la organización de trabajo, donde además se reflejan las diversas disfunciones sociales y cuyo objetivo premeditado es la intimidación y el amedrentamiento, para consumir emocional e intelectualmente, de allí que para que se concreten las conductas deben estar concatenadas, **ser persistentes y fundamentalmente sistemáticas.**
>
> Lo anterior es relevante para no banalizar el asunto, en la medida en que no cualquier actitud o actividad de los trabajadores puede llegar a configurarla, ni el desacuerdo frente a decisiones de los superiores o el conflicto que puede surgir de las tareas dadas, o el estrés que se produzca estar sometido a una exposición continúa o en unas condiciones difíciles inherentes a las tareas confiadas, que pueden manifestarse, por ejemplo, en la presión de las actividades de dirección o gestión, pues en todas ellas falta la intencionalidad de destruir y lo que se busca es un aumento de productividad".

El demandante afirma que fue objeto de acoso laboral por la Federación Nacional de Cafeteros y los señores Gineth Alba Reyes, Luis Felipe Londoño, Tatiana Hoyos Ángel, e indica en los hechos de la demanda como modalidad de acoso la "persecución laboral" y como conductas constitutivas del mismo las enlista así: En el año 2016; i) Queja de acoso laboral formulada en su contra; ii) disminución salarial y cambio en asignación de funciones. En el año 2018; i) negativa de compensatorios por ser jurado de votación; ii) petición beca para estudio, según convención colectiva de trabajo, sin respuesta. En el 2019, i) negativa de permisos sindicales; *ii)* proceso de levantamiento de fuero sindical, v) orden de prestación de servicio sin salario. En el 2021, traslado de lugar de trabajo a la ciudad de Bogotá y terminación del vínculo laboral bajo presión de la empresa. Y en el recurso de alzada hace énfasis únicamente en estas dos últimas conductas, adicionando la negativa del dador del empleo de expedir documentos para adelantar su defensa en el proceso de especial de fuero sindical. Y sostiene que desde la fecha en que se instauró el proceso ha sufrido afectación sicológica, lo cual según su sentir quedó demostrada con el dicho de su compañera permanente y la historia clínica, elementos probatorios que no fueron tenidos en cuenta por el juez de primer grado.

Como pruebas tendientes a demostrar las conductas constitutivas de acoso laboral, fueron aportadas las siguientes:

a. Queja de acoso laboral presentada por el actor.

Está probado que el demandante presentó queja de acoso laboral, sin embargo, César Augusto González Cortes, en calidad de Coordinador del Comité de Convivencia, el 11 de noviembre de 2016, comunica que "éste organismo en su sesión de fecha 10 de noviembre de 2016, tal como lo establece la ley y el reglamento, consideró que las conductas por usted descritas no tipifican ni están enmarcadas frente a lo establecido en la legislación sobre acoso laboral" (f°. 81 archivo 4).

b. Queja de acoso laboral presentada en contra del demandante.

Está probado que Jaime Hernán Patiño interpuso la respectiva querella contra Oscar Ortiz Amariles y el Comité de Convivencia, y en reunión celebrada el 13 de 2016 dispuso (f°. 80 ibídem);

> "solicitar al señor Oscar Ortiz para que rectifique por escrito y en igual cantidad de boletines, lo que se manifiesta con respecto al señor Jaime Hernán Patiño en el boletín Café Industrial de junio de 2A1"6, por cuanto él reclama el derecho a su buen nombre, que se ha visto vulnerado con lo expresado en dicho escrito"…
>
> …"Así mismo solicitar al señor Oscar Ortiz, que antes de efectuarse cualquier publicación en los boletines del sindicato, hable primero con las personas afectadas y verifique los hechos,""

Frente a esta determinación, el demandante, se pronunció el 20 de enero de 2017 y radicó el escrito ante la entidad demandada el 23, donde expuso (fl. 78 ibídem):

> "1. Tal y como lo expresé en la reunión celebrada el 22 de noviembre de 2016, soy directivo de las juntas directivas Nacional y de Seccional Chinchiná de **SINTRAFEC.** Entregué anexos.
>
> 2. **SINTRAINDUSCAFÉ** es un sindicato diferente a **SINTRAFEC**, con personería jurídica diferente, y en este sindicato no pertenezco a sus juntas directivas, solo soy un afiliado de base, por tanto no tengo nada que ver con el manejo de esta organización. El boletín al cual hace referencia el señor Jaime Patiño es un periódico editado y publicado por **SINTRAINDUSCAFÉ**. Entregué anexos.
>
> 3. Aclaré también en la mencionada reunión que cualquier inquietud o reclamo debe hacerse directamente al representante legal de las organizaciones sindicales.

4. En ningún momento he aceptado ser la persona que escribió el artículo publicado en el mencionado boletín.

5. No tengo autoridad alguna para ordenar la selección, redacción y/o emisión de artículos destinados para ser publicados en los boletines de la organización sindical edite. Ni siquiera en **SINTRAFEC** lo puedo hacer, para ello hay designado un Comité.

6. Le solicito al Comité de Convivencia Laboral que antes de realizar cualquier acción propia de sus funciones, se dé primero a la tarea de realizar las averiguaciones pertinentes, para evitar así posibles errores en la gestión que desarrolla este Comité.

7. Si el señor Jaime Patiño considera que su buen nombre se vio afectado con el artículo publicado en el boletín Café Industrial de junio de 2016, que manifieste su inconformidad a la organización sindical **SINTRAINDUSCAFÉ**, por medio de su representante legal, la señora **Jacqueline Rodríguez Saldarriaga**

En este orden de ideas, aclaro que no puedo dar positiva respuesta a las recomendaciones que el Comité me plantea, puesto que como lo sigo reiterando, no soy el autor del artículo de la referencia.

De igual manera considero aclararle al Comité de Convivencia que las explicaciones y recomendaciones realizadas por medio de este documento, son tendientes a obtener la solución conciliatoria dentro del respeto de las relaciones de trabajo tendiente a solidificar un buen ambiente laboral, como ustedes lo manifiestan en el oficio que me envían fechado 13 de enero de 2017 y firmado por el señor César Augusto González Cortés"

c. Disminución de salario y cambio de funciones.

Si bien el actor expone en el hecho 13 del líbelo introductorio que sufrió una disminución importante en su salario a pesar de que se le hubieren asignado funciones adicionales, configurándose una desmejora de las condiciones laborales, la Federación Nacional de Cafeteros, afirmó que el ex trabajador "*jamás*" sufrió desmejora y mucho menos reducción en su ingreso mensual. Sin embargo, Luis Fernando Londoño como demandado, en interrogatorio de parte sostuvo que al actor no se le había disminuido el salario, sino que, el trabajador había presentado una solicitud de cambio de jornada, además, se requerían sus servicios en el horario de la mañana y dada la recomendación del área de salud ocupacional, se le había cambiado el horario de trabajo, por lo que, dejó de devengar horas extras y recargos nocturnos.

d. Solicitud de beca de estudio, sin respuesta.

El 17 de enero de 2018, el actor manifestó su interés de ser beneficiario de una beca educativo para adelantar estudios universitarios en la Universidad Luis Amigó – Sede Manizales (f°. 75 ibídem).

e. Negativa de compensatorio por ser jurado de votación.

El 21 de marzo de 2018 presentó solicitud, tendiente a que le fuera concedido permiso remunerado por haber ejercido su derecho al sufragio (f°. 74 ibídem). Y el 22 de marzo de 2018, el Director Administrativo de Buencafé resolvió el pedimento informándole que, "cuando el trabajador ha sido simultáneamente jurado de votación y a la vez elector, sólo tiene derecho a un día de descanso remunerado y no a un día y medio, pues el espíritu de la norma es compensar el tiempo destinado a cumplir con este deber cívico y el día completo compensa sobradamente ambas situaciones (haber sido jurado y elector), más aún, teniendo en cuenta que los jurados votan en la mesa en la cual están desempeñando las funciones electorales y no realizan desplazamiento adicionales. (Concepto 080575-2012 Mintrabajo)" finalizando la misiva indicando que, "la solicitud será denegada, en virtud a que usted ya tomó el día de descanso compensatorio remunerado el 17 de marzo de 2018, tal como quedó reportado en la Novedad de Personal AU-09481" (f°. 73 ibídem).

f. Salario sin prestación personal del servicio.

El director Administrativo de Buencafé el 13 de diciembre de 2018, libró el oficio ADM 18C02624 dirigido al ex trabajador, en el cual le informó que (f°. 64):

> "Por disposición del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, las Empresas se encuentra facultadas para pagar salario a sus trabajadores aun cuando no haya prestación del servicio.
> En aplicación a este precepto legal, la Empresa le informa que a partir del momento en que reciba esta comunicación, Usted seguirá percibiendo el salario estipulado sin tener que presentarse a las instalaciones de Buencafé a prestar el servicio para el cual fue contratado.
> No obstante lo anterior, deberá estar atento a cualquier requerimiento por parte de la empresa.
> La anterior decisión, no significa desmejora alguna en sus condiciones laborales por cuanto las mismas no serán modificadas"

g. Negativa de Permisos Sindicales

El 11 de julio de 2019, la Junta Directiva Nacional de SINTRAFEC, solicitó permiso sindical permanente al aquí demandante, para el período del 1° de julio de 2019 al 30 de junio de 2020 (f°. 66 ibídem). Y el 19 del mismo mes y año, la Directora de Gestión Humana – Gineth Alba Reyes y la Coordinadora de Gestión Humana – Ana María Velandia Barrera, negaron los permisos solicitados "por

cuanto los trabajadores en mención se encuentran eximidos de ejecutar el contrato de trabajo por encontrarse bajo lo previsto en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo la facultad de realizar actividades sindicales" (f°. 65 ibídem).

h. **Proceso de levantamiento de fuero sindical en contra del actor.**

El 22 de enero de 2019, la Federación Nacional de Cafeteros radicó proceso especial de fuero sindical – permiso para despedir contra Oscar Ortiz Amariles, (archivo 24, documento 01, fl. 45). El Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná - Caldas profirió sentencia, autorizando a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia despedir al trabajador (f°. 678, archivo 24, documento 01). El Tribunal Superior de Manizales, el 11 de mayo de 2020, revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar, declaró probada la excepción de prescripción formulada por el demandado (f. 13 del archivo 24, documento 01).

i. Del traslado al Municipio de Soacha

La directora de Gestión Humana de la Federación Nacional de Cafeteros el 26 de febrero de 2021, comunica al demandante, "ha sido asignado por la Empresa para desarrollar actividades laborales enmarcadas en el perfil de cargo de Instrumentalista II, en el centro de trabajo de Almacafé Sucursal Bogotá, ubicado en Soacha – Vereda Chusacá, en la Autopista Sur Km 14 Vía Bogotá – Girardot, lugar donde deberá presentarse con el Dr. Henry Eduardo Amorocho Ramírez – Gerente de Almacafé Sucursal Bogotá, a partir del 8 de marzo del 2021", por otro lado señaló que, "Finalmente, y en virtud de su reubicación en la ciudad de Bogotá, la cual se da en cumplimiento de la necesidad del servicio, le informamos que se le reconocerá la prima de instalación respectiva, los transportes Chinchiná – Bogotá, para usted y su núcleo familiar principal (si lo mismo procede), así como el costo de trasteo de sus enseres, valor que se autorizará, previa presentación de su parte de tres (3) cotizaciones que haga llegar a Gestión Humana de Buencafé Liofizado de Colombia, para tal efecto" (f°. 27 archivo 4).

Contra tal determinación el demandante presentó acción de tutela, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, Caldas, quien aprende el 3 de marzo de 2021, y como medida provisional, ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, que hasta la fecha en que se notificara la sentencia, se abstuviera de "exigirle al señor **OSCAR ORTÍZ AMARILES**, cumplir la orden de reubicación fechada 26 de febrero de 2021, firmada por la directora de gestión humana", sin que se tenga certeza de la determinación adoptada

por el juez constitucional, pues dicha pieza procesal no fue aportada al expediente (f°. 23 archivo 4).

Gineth Alba Reyes, demandada, informó que el traslado al Municipio de Soacha, obedeció a un requerimiento que hiciera Alma Café, sin embargo, por una orden de tutela, tal determinación no se concretó.

j. Terminación del contrato por mutuo acuerdo.

El 4 de marzo de 2021, las partes llegan a un acuerdo transaccional, terminando el contrato de trabajo a partir del 5 de marzo de 2021, comprometiéndose la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagar a favor del trabajador la suma de $243.875.916 (f°. 19 del archivo 1).

k. Petición entrega de documentos

De los argumentos esgrimidos en el líbelo introductorio y en la alzada, se tiene que, la parte actora, considera que el hecho de que la Federación Nacional de Cafeteros no hubiese expedido sendos documentos, de acuerdo a la petición radicada, a pesar de encontrarse en trámite el proceso de levantamiento de fuero sindical, es una conducta constitutiva de acoso laboral.

Si bien no se allegó copia de la solicitud de documentos, ni tampoco el fallo de tutela que amparo el derecho de petición, lo cierto es que Tatiana Hoyos –demandada-, en calidad de coordinadora de gestión de la Federación, al rendir interrogatorio de parte, informó que, en efecto, Oscar Ortiz había presentado petición tendiente a obtener copia de unos pliegos y estos le habían sido expedidos por la entidad, por orden judicial.

i. Acción de tutela impetrada por el actor contra SINTRAFEC.

El demandante, junto con otros ciudadanos impetraron acción de tutela contra SINTRAFEC, con el fin de que "i) se anule y deje sin efectos jurídicos las decisiones adoptadas en la asamblea nacional de delegados celebrada por SINTRAFEC en la ciudad de Chinchiná Caldas, entre los días 26 de enero y 8 de febrero de 2021, así como la resolución No. R1-01-2021- del 4 de enero de 2021; ii) se conmine al presidente del sindicato a apegarse a los estatutos; iii) se ordene a la Dirección Territorial de Caldas del Ministerio de Trabajo, dar trámite

a la denuncia interpuesta por el ciudadano Ortiz Amariles en contra del presidente de la organización sindical", siendo desatado en forma desfavorable el amparo por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá y al resolverse la impugnación presentada, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, el 19 de abril de 2021, confirmó la decisión primigenia (f°. 28 archivo 1).

Además, de las pruebas documentales, se practicaron las siguientes: El interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien informó que el trámite de fuero sindical – permiso para despedir, se había adelantado contra el trabajador, en aras de no vulnerarle ningún derecho y de acuerdo a las conductas que éste había desplegado, en el desarrollo de sus actividades; en lo tocante al traslado al Municipio de Soacha, informó que, la empresa había requerido de manera urgente una persona con las calidades de Oscar y por ello, se tomó la determinación de cambiarlo de sede laboral, pero no se pudo materializar esta situación, pues, el trabajador sentó su oposición a tal decisión.

Por otro lado, Luis Felipe Londoño, en calidad de demandado, tuvo conocimiento que finalizando el año 2016, el actor presentó una queja por acoso laboral y el Comité de Convivencia Laboral en su momento, estudió los puntos de inconformidad, los cuales consistían en no habérsele permitido participar en un torneo de squash, en segundo lugar, que se le había prohibido usar una gorra de SINTRAFEC, además, que él se acostaba a tomar una siesta en las zonas verdes de la fábrica y debido a la siembra de arbustos, no pudo volver a realizar dicho descanso; y por último, que no se le había pagado una bonificación salarial, por lo que, el comité con voto unánime había decidido que no había ningún motivo que constituyese acoso, pues, el no permitírsele participar en el torneo, obedeció a su condición médica, al haber sufrido un infarto y ser sometido a una cirugía de corazón abierto, no podía sobre esforzar el corazón y tal recomendación había sido emitida por el área de salud ocupacional, en el segundo punto, señalaron que se había retirado de la dotación de los trabajadores, la gorra, al impedir la visibilidad con la visera, siendo reemplazado este accesorio con un gorro de tela, por lo que, se le hizo un llamado para que usara el nuevo elemento de trabajo; en lo tocante a dormir en las áreas verdes, informó que ésta práctica era prohibida, dado que, la empresa maneja alimentos y al realizar esta acción, se contaminaba el overol y del pago de la bonificación expresó que, esta se devengaba, de acuerdo a las metas obtenidas y al

encontrarse el demandante en permiso sindical, no cumplió los objetivos trazados por la empresa y para el año 2015, no quiso diligenciar el formulario y por tanto, no se realizó el pago del aporte a través de Protección. De manera paralela presentó queja ante el Ministerio de Trabajo y dicho ente, no encontró mérito para iniciar una investigación, pero al alegarse que se había conculcado el derecho de asociación sindical, se remitió copias del trámite a la Fiscalía, y allí el ex trabajador, desistió del trámite. Por otro lado, señaló que, Jaime Hernán Patiño había presentado una queja de acoso laboral contra Oscar Ortiz, debido a unas publicaciones realizadas en el Boletín del sindicato, en el que se le acusaban de maltrato a los trabajadores y por eso, varios técnicos solicitaron permiso para colocar una carta en la cartelera de la empresa, en la que, manifestaban su inconformidad con lo expresado en dicha publicación, por ello, el Comité de Convivencia, se reunió con las partes y Oscar aceptó haber escrito la misiva e informó que no publicaría nada más contra él, si se retiraba la carta de las carteleras; de las becas de estudio, informó que estas deben ser tramitadas por la organización sindical, al ser beneficios convencionales; la empresa le concedió al trabajador, el permiso por haber sido jurado de votación; se otorgaron siempre los permisos sindicales requeridos. Del proceso de fuero sindical-permiso para despedir, informó que este se había adelantado, pues en el año 2018, se presentó una fuga de amoniaco, al realizarse una intervención en una válvula, sin el lleno de procedimientos y protocolos de seguridad, área que tenía a cargo Oscar como técnico del área de ingeniería, y a tal conclusión se arribó, después de efectuarse una investigación, pues, el incidente dejó como saldo, dos trabajadores afectados en sus ojos, evacuación del área y control de la misma, por parte de los brigadistas; por otro lado, respecto a la negociación adelantada para dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, informó que, Fredy se había comunicado con él y le había comentado que Oscar estaba interesado en llegar a un acuerdo con la empresa y, después de conversar con él, se legalizó el mismo; que no se le había disminuido el salario al ex trabajador, sino que, el trabajador había presentado una solicitud de cambio de jornada, además, se requerían sus servicios en el horario de la mañana y dada la recomendación del área de salud ocupacional, se le había cambiado la jornada, por lo que, dejó de devengar horas extras y recargos nocturnos, pero el salario no fue disminuido; que se pudieron negar algunos permisos sindicales, pero ello, ocasionado a la necesidad del servicio que se requería de ciertos trabajadores.

Luz Vianey Marín, compañera permanente del actor, indicó que, los primeros años de convivencia marcharon bien, pero cuando empezó a tener problemas en la empresa, presentó problemas psicológicos de depresión, formulándosele medicamentos, se irrita con facilidad y es agresivo, posteriormente, agregó que, desde que se instauró el proceso de levantamiento de fuero sindical empezaron sus padecimientos médicos.

Es claro para la Sala que desde el año 2016 entre la partes se presentaron una serie de dificultades laborales –quejas de acoso laboral, negativa de permisos sindicales, de compensatorios, un posible traslado de sede de lugar de trabajo, salario sin prestación del servicio— sin embargo, estos hechos no podrían encuadrarse dentro de la modalidad de persecución laboral, pues esta requiere de conductas reiteradas y arbitrarias que permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, y en el plenario lo que quedó demostrado es que la negativa de permisos sindicales, de compensatorios, no fue por actos caprichosos del empleador, sino que estaban revestidos de justificaciones válidas. Lo mismo que el traslado de sede en ejercicio del ius variandi, que al final no se llevó a cabo, primero por la decisión del juez de tutela, al ordenar a la empresa convocada que se abstuviera de "exigirle al señor **OSCAR ORTÍZ AMARILES**, cumplir la orden de reubicación fechada 26 de febrero de 2021, firmada por la directora de gestión humana" y segundo, porque, el 4 de marzo de 2021, es decir, día siguiente de adoptarse tal determinación, las partes decidieron celebrar una transacción, dando fin al vínculo laboral que los ataba.

La cadena de eventos acaecidos durante el decurso de la relación laboral, fueron estudiados y, valorados por el Comité de Convivencia de la empresa; que ante la posible falta cometida por el trabajador y al tenerse conocimiento de la protección foral que ostentaba, no se terminó el contrato, sino que se adelantó una investigación, se llamó a descargos y se instauró el correspondiente proceso judicial y ante la improsperidad del mismo para la Federación, se continuó ejecutando el contrato de trabajo. El hecho de no entregar documentos en forma completa, después de radicarse tal pedimento, en forma alguna, conllevan a alegar que se está siendo víctima de un acoso, máxime, que el trabajador, según su dicho, instauró tutela y el juez constitucional amparó su derecho fundamental y ordenó la entrega de los mismos, acatándose tal decisión.

Finalmente, el vínculo laboral que ató a las partes finiquitó por mutuo acuerdo, y no se probó que fuera realizado bajo la presión del empleador, no hay prueba de algún vicio que mermara el consentimiento del actor. Por lo que si bien, la compañera permanente del actor señaló que desde que su compañero actuó como demandado en el proceso especial de fuero sindical, comenzó a sufrir de trastornos, ansiedad, no necesariamente sea porque los hechos relacionados que se presentaron en la ejecución del contrato de trabajo sean conductas constitutivas de acoso laboral.

Brilla por su ausencia, una conducta continuada, persistente, sistemática que pueda encuadrar dentro de las relacionadas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2016, y más aún en alguna modalidad de acoso conforme al precepto normativo de la misma disposición normativa.

Por tanto, se dispondrá la confirmación de la decisión de marras.

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

R E S U E L V E

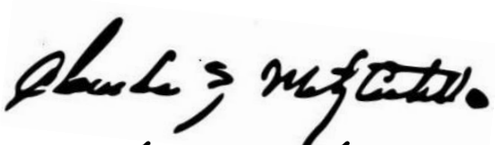
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de medio (1/2) smmlv, por concepto de agencias en derecho, a favor de cada uno de los demandados.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada