

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. AUTO

Se reconoce como apoderado de Colfondos S.A., a la sociedad Gómez Meza & Asociados S.A.S. identificado con Nit. No. 900.981.426-7, en los términos y para los fines señalados en la Escritura Pública No. 5034 del 28 de septiembre de 2023 y como apoderada sustituta a la abogada Sonia Milena Herrera Melo, identificada con T.P. No. 161.163 del C.S. de la J., en los términos y fines señalados en la sustitución allegada.

2. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **MARTHA LUCIA TORRES ROJAS** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y** la recurrente.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media (RPM)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones el capital que cotizó al RAIS, así como el bono pensional, rendimientos y cuota de administración; y a esta última, a aceptarla dicho dinero y a pagar la pensión de vejez a partir del momento en que acredite el retiro del sistema.

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

3.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivos 06 a 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la señora MARTHA LUCIA ROJAS TORRES del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1° de octubre del año 2000, para entender válidamente vinculada a la Demandante en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. a trasladar, dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a la Administradora

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales si ya se encuentran redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá trasladar a Colpensiones todos los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia de la demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos los dineros provenientes de COLFONDOS S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice su historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que, una vez reciba los dineros por parte de Colfondos S.A. dentro de los dos meses siguientes, proceda a realizar el estudio del derecho pensional de la aquí demandante, para efectos de establecer el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, junto con agencias en derecho a las Demandadas, las cuales se tasan en la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) PESOS MCTE, para cada una de ellas, todo conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la Demandada COLPENSIONES, consúltese con consúltese con el Superior de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del C.P.T. y SS.

3.4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que la negativa de recibir a la demandante radica únicamente por un impedimento legal preceptuado en la Ley 797 de 2003, donde se prohíbe el traslado entre fondos de personas próximas a cumplir el requisito de edad para acceder a una eventual pensión de vejez y por ello no es dable una condena en costas, como quiera que Colpensiones se ha sometido al imperio de la ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Indicó que, conforme el relato de la demandante, el traslado del RPM al RAIS fue espontáneo y libre y ratificó su ánimo de permanencia en este último por más de 21 años, siendo Colpensiones un tercero de buena fe.

Manifestó que no se dan los presupuestos esenciales para declarar la ineficacia del traslado.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante, para reafirmar sus argumentos.

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

4. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

4.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de agosto de 1984 presenta aportes en tal régimen (archivo 08), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., en el mes de octubre del año 2000, tal y como lo acepta esta AFP al dar contestación al hecho 6 de la demanda (fl. 5 archivo 09).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad

(CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

4.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Colfondos S.A., no es menos cierto que al dar contestación al hecho 6 de la demanda, esta AFP acepta que la señora Martha Lucía Rojas Torres se afilió a esta en el mes de octubre del año 2000 (fl. 5 archivo 09); además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colfondos S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la

mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Rojas Torres se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (octubre del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

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

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

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

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

6. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

- 1.1. Que los valores que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, y que allí se mencionan, deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.1. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00050 01.

Demandante: MARTHA LUCIA ROJAS TORRES.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

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

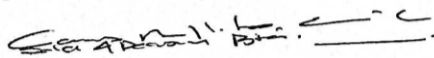
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que **LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 01 de julio del 2000, a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado, bonos pensionales y rendimientos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; y a esta última a recibirlo, registrar en su historia laboral el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

traslado de los aportes y a reconocer la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivos 06 y 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de LUIS ALBERTO GOMEZ LOPEZ a la AFP PORVENIR, realizada en el año 2000. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor LUIS ALBERTO GOMEZ LOPEZ, de la pensión de vejez a partir del día siguiente al efectivo retiro del servicio y del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1/2 smmlv.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A., indicó que al demandante también le asistía el deber de estar informado y cerciorarse de los servicios que deseaba contratar, teniendo la obligación de indagar sobre las características, condiciones al querer trasladarse de régimen pensional con Porvenir S.A.

Adujo que la indexación resulta improcedente, conforme lo señalado en la sentencia C-161 del 2010, en donde se indica que la indexación consiste en la mera actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, en ese orden de ideas, atendiendo las obligaciones que deben cumplir las AFP, particularmente la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual como la del demandante, ha de tenerse en cuenta que durante el tiempo que estuvo vinculado a esa AFP obtuvo excelentes rendimientos de sus aportes; adicionalmente, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro que es excluyente con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

la indexación, porque incluye frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del actor y con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado con los emolumentos a retornar, lo cual se fundamenta en las restituciones mutuas producto de la ineficacia.

COLPENSIONES, manifestó que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada, en atención a que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando y tampoco se puede considerar al demandante como la parte débil en este juicio por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Adujo que las actuaciones de la entidad se han dado de buena fe y su negativa a recibir al aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ello por cuanto, como entidad del Estado, no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

Expuso que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues el demandante entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de octubre de 1982 presenta aportes en tal régimen (fl. 77 archivo 01 y archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2154-20211214084304.pdf carpeta 08), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 12 de mayo del 2000 (fl. 96 archivo 07).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte

acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 96 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 12 de mayo del 2000 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Gómez López se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de mayo del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que su negativa a recibir de vuelta al actor se debe a que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado por edad contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que el demandante como afiliado también tiene obligaciones, como la de informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

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

“(…) a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

principio de sostenibilidad financiera, como lo arguye Colpensiones, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con lo que se financiará la pensión.

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

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que esta sea improcedente y que con la misma se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que el demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

3.3. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 62 años en el caso de los hombres, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el demandante nació el 25 de septiembre de 1960, a decir del documento de identidad visible a folio 23 del archivo 01, por lo que cumplió 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2022; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrimada por Porvenir S.A. con fecha de generación 31/03/2022 (fls. 97 a 134 archivo 07), para el mes de marzo de 2022 el demandante acredita 1.568 semanas, con lo que, cumple con los requisitos de la norma trasunta para acceder a la prestación pensional.

Sin embargo, a efectos de determinar la fecha de reconocimiento de dicha prestación, se hace necesario verificar si está acreditada la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Así las cosas, revisado el documento en mención, se tiene que la última cotización data del periodo de marzo de 2022, y la fecha de generación de la historia laboral es del 31 de marzo del 2022, ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco demostrara la fecha de desafiliación del sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Por lo antes expuesto, acertada resulta la decisión de primera instancia, resaltando que la parte demandante no apeló la decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto de la pretensión pensional, y en tal sentido se CONFIRMARÁ.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00438 01.

Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ LÓPEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** sentencia apelada y consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

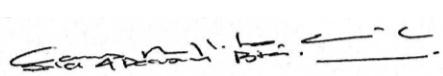
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.

Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2022, en proceso ordinario laboral que el señor **EDGAR SANDOVAL ARTEAGA** adelanta contra **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y LA RECURRENTE**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. en el mes de marzo de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.

Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y presentó como excepciones, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor EDGAR SANDOVAL ARTEAGA a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: Costas únicamente a cargo de PORVENIR S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.L.M.V.

CUARTO: En caso que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que el demandante lleva más de 24 años cotizando en el RAIS y que no se tienen en cuenta las consideraciones legales que deben cumplirse para efectuar el traslado, como por ejemplo el haberse trasladado antes de cumplir los 52 años de edad.

Indicó que, para el año 2018, año en el que realizó el segundo traslado horizontal en el RAIS ya contaba con 52 años de edad, esto es, ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado.

Adujo que, si bien es cierto Porvenir S.A., su anterior AFP en el RAIS, se encontraba en la obligación de informarle al demandante acerca de la citada prohibición, también es cierto que el actor tenía la obligación de tener la información clara para validar cuál era el fondo que más le convenía para su traslado.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.

Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 11 de mayo de 1982 presenta aportes en tal régimen (tal y como Colpensiones lo acepta al dar contestación al hecho 2 de la demanda - fl. 2 archivo 07); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 12 de marzo de 1996 (fl. 39 archivo 01 y fls. 41 y 88 archivo 05); y efectuó traslado entre administradoras del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.

Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

RAIS a la A.F.P. COLFONDOS S.A. el 27 de agosto de 2018 (fl. 54 archivo 01 y fl. 21 archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 39 del archivo 01 y 41 y 88 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 12 de marzo de 1996 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Sandoval Arteaga se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (12 de marzo de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

Ahora bien, respecto de lo reseñado por la recurrente en su recurso, referente a que el demandante como afiliado también tiene obligaciones, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.

Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.

Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

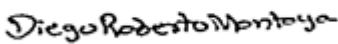
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

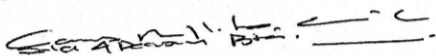
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2021 00404 01.
Demandante: EDGAR SANDOVAL ARTEAGA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00273 01.

Demandante: **EDUARDO BAYONA BORRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **EDUARDO BAYONA BORRERO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., así como las efectuadas posteriormente a Colfondos S.A. y Horizonte hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones la totalidad del capital obrante en su cuenta de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00273 01.

Demandante: **EDUARDO BAYONA BORRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ahorro individual, junto con sus rendimientos, sin descuento alguno por concepto de manejo de la cuenta.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (archivo 13), se opuso a las pretensiones de la acción y propuso como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 14), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Finalmente, **COLPENSIONES** (archivo 15), también se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso, entre otras, la de prescripción de la acción laboral.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Eduardo Bayona Borrero, a la AFP Colmena, hoy Protección, contenida en el formulario No. 1010359672 del 05 de junio de 1998; con la AFP Protección, contenida en el formulario No. 5694980 del 01 de marzo del 2001; con la AFP Colfondos, contenida en el formulario No. 8271931 del 25 de abril del 2003; con la AFP Santander, hoy Protección, contenida en el formulario No. 7191285 del 26 de agosto del 2004 y con la AFP Horizonte, hoy Porvenir, contenida en el formulario No. 808074 del 13 de diciembre del 2007.

SEGUNDO: Se le ORDENA a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Eduardo Bayona Borrero, dineros que deben incluir todos los

Demandante: **EDUARDO BAYONA BORRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección, Colfondos y Porvenir a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1998 y mientras estuvo afiliado en cada uno de esos fondos privados, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se les concede a los fondos privados el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe discriminando todos los valores objeto de devolución, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Colfondos Pensiones y Cesantías, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEXTO: Se condena en costas a los fondos demandados, COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante, en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los demandados mencionados.

SÉPTIMO: Ordénese la CONSULTA de esta decisión a favor de Colpensiones.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, indicó que, no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento y que se está en presencia de un error de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado; adujo que, *“existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil dentro de los fallos relacionados con el régimen de traslado”*, lo que hace que la responsabilidad recaiga exclusivamente en cabeza de los fondos privados convirtiéndola en

objetiva, ya que no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre que se está en presencia de algún vicio del consentimiento.

Precisó que existen obligaciones recíprocas, que se encuentran en el Decreto 2241 del 2010, artículo 4, donde una de ellas es informarse adecuadamente del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación para conocer el régimen de pensiones, con lo que existen estos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacando que, el silencio en el transcurso del tiempo, se entenderá que el demandante tenía una decisión consciente de permanecer en el RAIS.

Manifestó que, en la actualidad, las decisiones tomadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia del traslado, quiebra directamente el principio de sostenibilidad financiera del sistema; y, sobre el principio de la descapitalización pensional, la Corte Constitucional en sentencias como la SU 062 de 2010, entre otras, ha dicho que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el RPM se descapitalizaría.

Solicitó se revoque la condena en costas, ya que Colpensiones no influyó ni participó en las decisiones del demandante, siendo un tercero de buena fe.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, manifestó que el traslado horizontal realizado con la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) en el año 2007, es válido, pues se realizó de manera libre, consciente y voluntaria, atendiendo la normatividad vigente para esa data, por lo que no se le puede exigir un deber de información en los términos reclamados en la demanda; adicionalmente, no se vulneró el derecho a la libre elección del demandante.

Indicó que, el hecho de que esa AFP tuviera unos deberes profesionales, no es excusa para que el demandante no hubiese indagado sobre las implicaciones que tendría su traslado de régimen pensional, por lo que, en virtud del principio de igualdad la obligación de información también recae

sobre los afiliados quienes son conocedores de su situación particular y concreta, así como de sus expectativas pensionales y laborales.

Adujo que, la orden de devolución de los gastos de administración resulta inequitativa con esa AFP, al despojarlo de unas sumas que fueron debidamente causadas por su correcta actividad administradora y cuya diligencia es el origen de los rendimientos financieros y que incrementaron los aportes pensionales realizados por el actor, además, en el RPM una parte de los aportes de los afiliados se destina a cubrir tanto gastos de administración como seguros previsionales, y este concepto no está llamado a financiar la pensión de vejez; respecto de la devolución de los seguros previsionales, estos dineros ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras que en su momento fueron contratadas y con las cuales el demandante tuvo cobertura durante toda su afiliación a esa AFP frente a los eventuales riesgos de invalidez y muerte y dichas sumas cumplieron con la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos rubros y que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece de manera taxativa aquellos recursos que deben trasladarse entre regímenes pensionales, máxime cuando tales conceptos se descuentan por obligación legal, establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la condena de indexación, manifestó que la misma es improcedente como quiera que con el traslado de los respectivos rendimientos ya se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, por lo que, para evitar una doble sanción por un mismo concepto solicita aplicar la compensación a fin de evitar el pago de alguna suma adicional.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 31 de julio de 1979 presenta aportes a tal régimen (fl. 34 archivo 01 y 45 archivo 15); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 05 de junio de 1998 (fl. 42 archivo 01); y efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, así: 1) a PROTECCIÓN S.A. el 25 de enero de 2001 (fl. 43 archivo 01); 2) a COLFONDOS S.A. el 25 de abril del 2003 (fls. 46 archivo 01 y 93 archivo 13), 3) a la otrora SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de agosto del 2004 (fl. 44 archivo 01) y 4) a la extinta HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 13 de diciembre de 2007 (fl. 47 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 42 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de junio de 1999 con la extinta A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bayona Borrero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de junio de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue

acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del

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

Demandante: **EDUARDO BAYONA BORRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

Así mismo, respecto de argumento presentado por las recurrentes, referente a que el actor, como consumidor financiero tenía unos deberes,

² Ibídem.

entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle al (a) afiliado (a) la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

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

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

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

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

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por Colpensiones, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 007 2020 00273 01.

Demandante: **EDUARDO BAYONA BORRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

R E S U E L V E:

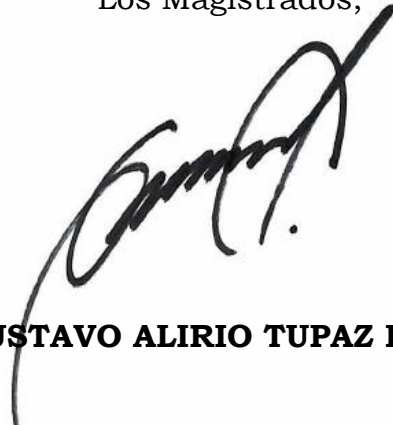
PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, atendiendo las razones aquí expuestas.

+

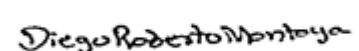
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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

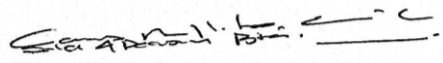
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala estudia el **RECURSO DE APELACIÓN** que interpuso por **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 04 de mayo de 2023, en proceso ordinario laboral que **MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR** adelanta contra la recurrente y la beneficiaria de la consulta.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado o afiliación efectuada a la A.F.P Porvenir S.A.

Como consecuencia de ello, deprecia se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual; y a esta última a recibirla sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 06 y carpeta 07), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

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

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el 26 de diciembre de 1994, mediante su afiliación a PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

2.4. Argumentos de la recurrente.

PORVENIR S.A. indicó que, la demandante realizó válidamente su traslado al RAIS, de manera informada y sin presiones, todo de conformidad con la normativa vigente para el momento en que se realizó el traslado esto es en el año 1995, data para la cual no se exigía una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

Manifestó que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por esa AFP, máxime cuando, como todo consumidor financiero, la demandante debió actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos tener una información suficiente sobre el acto jurídico estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento.

Expuso que, el actuar esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, puesto que todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional y, en tal

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

sentido, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante realizó su traslado de régimen pensional.

Precisó que, no se puede obviar que la demandante tiene una característica y es que es abogada por lo que conocía o tenía una mayor facilidad para entender y aplicar la información que se le remitió al momento de realizar su traslado de régimen pensional.

Indicó que, una consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que no se hubieren generado los rendimientos, y que, en cumplimiento de su deber profesional, esa AFP tuvo que incurrir en ciertos gastos relacionados con los gastos de administración y el pago de las primas previsionales; que no es procedente la devolución de estos dos últimos conceptos, los primeros, atendiendo el concepto proferido por la Superintendencia Financiera y los segundos, porque ya no se encuentran en su poder sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura y pago de los mismos y que ha cumplido cabalmente con la cobertura de la demandante.

Finalmente, solicita revocar la condena impuesta referente a la indexación de los valores, en la medida en que se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontrare en la cuenta de ahorro individual de la demandante y con el traslado de dichos rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada Porvenir S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de enero de 1991 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2287-20220613052123 carpeta 07); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 26 de diciembre de 1994 (fls. 63 archivo 08); y efectuó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: i) a la A.F.P. COLPATRIA el 27 de julio de 1999 (fl. 64 archivo 08) y ii) nuevamente a PORVENIR S.A. el 27 de abril del año 2000 (fl. 62 archivo 08).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida

cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 63 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de diciembre de 1994 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

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

Ahora bien, respecto de lo reseñado por la recurrente en su recurso, referente a que las características y condiciones del RAIS se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993 y que la demandante como consumidora financiera también tiene obligaciones, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la demandante la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

En cuanto al argumento esbozado por Porvenir S.A. referente a la profesión de la demandante, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia CSJ SL 1949 del 2021 Rad. 87087, en la que expuso:

“Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión.”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Y en la sentencia CSL SL 1729 del 2022 Rad. 90547, se pronunció, exponiendo:

“contrario a lo afirmado por el *ad quem*, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).”

Posición reiterada en la sentencia CSJ SL 112 de 2023 rad. 91154, en donde se indicó que la profesión de abogada que ostentaba la actora, no era óbice para que la AFP omitiera el deber de información al que se encuentra obligada. Al punto, señaló:

“si bien admitió su condición de abogada, ello no justifica que la AFP no hubiera cumplido con el deber de ilustrarla sobre las condiciones, las ventajas, las desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y los efectos que acarrearía el cambio de régimen. En efecto, tal como lo ha precisado la Sala, *«Porvenir S. A. no podía excusar el incumplimiento de tal deber por el simple hecho de que la actora sea abogada –hecho indiscutido en casación-, pues independientemente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar a los afiliados la información en los términos expuestos (CSJ SL1949-2021)»*. (CSJ SL2474-2022).”

La cual también se repitió en sentencias CSL SL 164 de 2023 Rad. 91056 y CSJ SL 311 de 2023 rad. 90469, esta última en la que se dijo: *“La accionante también indicó que era profesional administradora de empresas, que para el año 2008 cuando se trasladó de Protección a Horizonte, era gerente de BBVA leasing y que en los últimos años ha recibido los extractos mensuales de sus ahorros pensionales. Afirmaciones que, contrario a lo señalado por el colegiado, no evidencian que hubiese expresado un*

consentimiento debidamente informado al momento de su cambio de régimen, sin que para tal efecto resulte relevante la calidad profesional de la afiliada o el área laboral en que se desempeñaba, como equivocadamente lo consideró el Tribunal.”

Así las cosas, la profesión que ostenta la actora o las funciones que desarrollaba en determinado empleo, ni son relevantes ni demuestran que la afiliada hubiere expresado un consentimiento debidamente informado, con lo que el hecho de que la aquí accionante ostente la calidad de abogada, no demuestra que la AFP Porvenir S.A. le hubiese brindado, al momento de su traslado, la información necesaria, clara, completa y suficiente, en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, para adoptar la decisión de traslado de manera informada.

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

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

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que, además de los conceptos allí referenciados, también deberá devolver los rubros pagados **por concepto de comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

- 1.1. Que, además de los conceptos allí referenciados, PORVENIR S.A. también deberá devolver los rubros pagados **por concepto de comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00340 01.

Demandante: MARÍA ISABEL CENDALES TAFUR.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

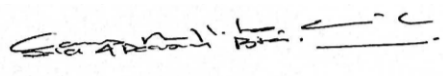
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que interpusieron **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 03 de mayo de 2023, en proceso ordinario laboral que **MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

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

Como consecuencia de ello, deprecia se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero obrante en su cuenta de ahorro individual; y a esta última a efectuar la correspondiente activación de la afiliación, así como al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

De manera subsidiaria, solicitó el pago de los perjuicios a ella ocasionados.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 06 y carpeta 07), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

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

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el 19 de marzo de 2004, mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA, tales como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen pensional aquí ordenado en virtud de la ineficacia del traslado referido en precedencia, proceda de forma inmediata a estudiar, reconocer y pagar la pensión de vejez en favor de la demandante teniendo en cuenta los parámetros y motivaciones señalados en esta providencia.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

OCTAVO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, la demandante realizó de manera libre y voluntaria su traslado a la AFP Porvenir S.A., tal y como da cuenta el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encontraba autorizada por la Ley y es el documento prueba de la libertad de afiliación, además, esa AFP no puede constituir documentos adicionales o material probatorio concerniente al deber de información para la data del traslado de la actora pues para ese momento no se tenía el deber legal que se tiene hoy en día con el desarrollo jurisprudencial y normativo del deber de información y de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

las declaraciones de la demandante es claro que sí contó con la asesoría de esa AFP, cuyos asesores ilustraron características del RAIS, lo que sucede es que no se cuenta con material probatorio que demuestre dicho cumplimiento, lo que impide acreditar, adicional al formulario de afiliación, el cumplimiento de dicho deber.

En lo que respecta a los efectos de la declaratoria de ineficacia declarados en el fallo apelado, esta AFP habría actuado bajo la figura del agente oficioso involuntario respecto de Colpensiones, en los términos establecidos en los artículos 2304 y 2310 del CC, pues, creyendo administrar su propia actividad termina administrando los negocios de otro, es decir los recursos pensionales de la demandante y luego de declarada esta ineficacia ese acto termina reintegrando unos rendimientos financieros superiores a los que hubiese podido obtener los aportes de la demandante de haber sido gestionados en el RPM, esta circunstancia da lugar a una agencia oficiosa involuntaria lo cual se constituye en un reembolso de aquella utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduciría en que Porvenir S.A. solamente debería ser obligada a entregar a Colpensiones aquellos rendimientos causados o que hubiesen podido generarse en el RPM, teoría aplicable pues Porvenir S.A. obró bajo la plena convicción de que la demandante se encontraba debidamente vinculada, pues tenía el deber legal de recibirla como lo dispone el artículo 112 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la condena de devolver gastos de administración debidamente indexados, indicó que la misma resulta desproporcionada, en el entendido que la destinación de estos gastos de administración ya fue cumplida, pues bajo la administración de Porvenir S.A. se generaron unos rendimientos financieros y esos gastos de administración deben descontarse en procura de las operaciones financieras y la sostenibilidad de la infraestructura que le permite a Porvenir S.A. mejorar el ahorro pensional de la demandante, además, los mismos no tienen una rentabilidad propia, son costos y gastos ocasionados mes a mes, por lo que la demandante desde el 2004 se ha beneficiado de estos rendimientos financieros y esta condena resulta desproporcionada respecto de los efectos de una ineficacia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Indicó que se acoge a la postura expuesta por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali respecto de la indexación en el entendido que tuvo por satisfecha cualquier actualización o indexación del poder adquisitivo de la cotización de los afiliados a través de esos rendimientos financieros, los cuales permiten a Colpensiones asumir eventuales contingencias ante un reconocimiento pensional.

Por su parte, **COLPENSIONES**, señaló que el traslado pensional de la demandante se realizó ejerciendo su derecho a la libre escogencia establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, atendiendo las exigencias legales y normativas vigentes para el año 2004; que, para esa data no existía ninguna disposición legal que ordenara a las AFP del RAIS a documentar la asesoría del traslado, realizar proyecciones o simulaciones pensionales y menos escenarios de comparación de características de uno u otro régimen pensional, ya que estas fueron obligaciones que surgieron con posterioridad a la vinculación de la demandante a Porvenir y en tal medida no eran obligaciones exigibles ni atendibles por dicha AFP, además, la información que para ese momento se le brindaba al potencial afiliado se hacía en forma verbal y como señal de aceptación y conocimiento de dicha información se suscribía el formulario de afiliación, de forma que, suscrito dicho formulario y acreditado como está en el expediente, debe tenerse como válido y eficaz el acto de traslado.

Adujo que, no se puede pretender que los fondos de pensiones alleguen otro tipo de documental o soporte físico adicional al formulario de afiliación, pese a que se hace la salvedad en el fallo apelado, de que no se requiere una prueba eminentemente documental sino cualquier medio de prueba, sin embargo, pese a ello, las demandadas no pueden acreditar probatoriamente, las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de la demandante, lo que tampoco sucede con el interrogatorio de parte rendido por la actora, pues en este lo que hace es reiterar lo dicho en el escrito de demanda, esto es que no recibió información ni asesoría por parte de Porvenir S.A.

Finalizó indicando que, si lo pretendido con la declaratoria de ineficacia es eventualmente indemnizar un posible perjuicio que se pudiere causar a la demandante, como lo es el hecho de pensionarse en el RAIS con unas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

condiciones menos favorables de las que hubiera podido pensionarse en el RPM, dicho posible perjuicio o indemnización debe repararla o asumirla quien la causó, que en este caso sería Porvenir S.A. y no trasladar esa carga al RPM, ya que, si bien se ordena la devolución de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos financieros y gastos de administración, dichas sumas van a resultar insuficientes para financiar una eventual pensión a cargo de Colpensiones, lo que generaría una desfinanciación del RPM, especialmente al recibir a una afiliada que desde hace más de 20 años no ha contribuido con la financiación y sostenibilidad del sistema.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Porvenir S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de junio de 1987 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2100-20211011075952 carpeta 07); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 19 de marzo de 2004 (fls. 5 archivo 03 y fl. 38 archivo 08).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 5 del archivo 03 y 38 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de marzo de 2004 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya

suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que “(...) *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)*”; omisión que tampoco puede subsanarse con lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión.

Ahora bien, argumentan las recurrentes que no hay documental adicional al formulario de afiliación que demuestre el cumplimiento del deber de información, sin embargo, pasan por alto que en casos como el presente no existe tarifa legal de prueba y que, conforme lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, la pasiva podía valerse de cualquier medio probatorio de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el pluricitado cumplimiento del deber de información, sin que se le estén exigiendo medios de prueba específicos, pese a lo cual, dicho cumplimiento no fue acreditado.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Cárdenas se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de marzo de 2004) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello, se itera, no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

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

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

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

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que, además de los conceptos allí referenciados, también deberá devolver los rubros pagados **por concepto de comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

Finalmente, respecto al argumento esbozado por Porvenir S.A. referente a su actuación como agente oficioso involuntario, debe señalarse que si bien la agencia oficiosa es entendida como bajo el artículo 2304 del Código Civil como un contrato mediante el cual una persona que se denomina agente oficioso o gerente administra sin que medie un contrato de mandato los negocios de una persona respecto a la cual se obliga y la obliga en ciertos casos; también es claro en indicar el artículo 2306 *ibid.*, que el agente debe emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia y si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sería responsable por dolo o culpa grave.

Por ello, no es de recibo el argumento que cuando se declara la ineficacia termina reintegrando unos rendimientos financieros superiores a los que hubiese podido obtener los aportes de la demandante de haber sido gestionados en el RPM, pues no como se dijo en líneas anteriores, el reintegro de los rendimientos financieros son solo los que percibió mientras administró los recursos de la cuenta individual del actor, actuando bajo el mandato dado por este; y que si bien los recibirá Colpensiones, no se podría predicar que se está atentando contra la figura de la agencia oficiosa, pues solo se le obliga a reintegrar lo percibido.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.

Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

R E S U E L V E:

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

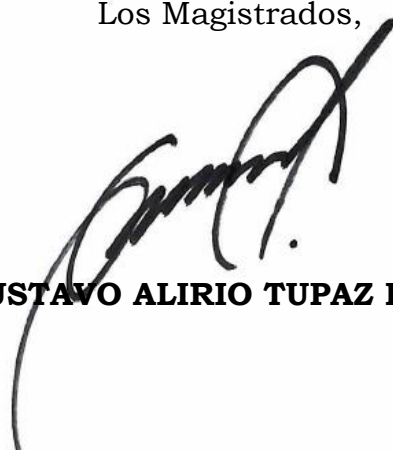
- 1.1. Que, además de los conceptos allí referenciados, PORVENIR S.A. también deberá devolver los rubros pagados **por concepto de comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

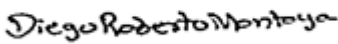
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

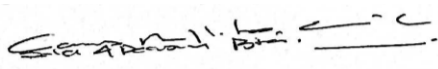
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 008 2021 00393 01.
Demandante: MARÍA LILIA CÁRDENAS MONTILLA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que interpusieron **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA** adelanta contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuada en octubre del 2000 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Skandia S.A. restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos causados; y a esta última a recibirla como afiliada y reconocerle la pensión de vejez

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

atendiendo lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, respetando su condición de beneficiaria del régimen de transición.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 08), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **SKANDIA S.A.** (archivo 10), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y, presentó como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

2.3. Llamamiento en garantía.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, presentando como excepciones de fondo, entre otras la de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (archivo 18).

2.4. Providencia Recurrída.

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

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Gabriela Suárez Zúñiga, entre el RPM administrado por el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 15 de septiembre de 2000.

SEGUNDO. CONDENAR a Skandia S.A. Pensiones y Cesantías 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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a 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, por el tiempo en el que la demandante se encontraba afiliada a este fondo; sumas que deberán reintegrarse 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.

CUARTO. CONDENAR a Colpensiones a recibir de Porvenir y Skandia S.A., todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

QUINTO. CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante bajo lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, una vez la afiliada demuestre el retiro efectivo del Sistema General de Pensiones, tomando como I.B.L. el establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo del 90% (artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990).

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SÉPTIMO. DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación por parte de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

OCTAVO. ABSOLVER a la llamada en garantía de todas las pretensiones instauradas en su contra.

NOVENO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir 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.

DÉCIMO. De no ser apelado, 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.

2.5. Argumentos de las recurrentes.

SKANDIA S.A. indicó que esa AFP utilizó los gastos de administración para la administración de la cuenta de ahorro individual y en cuanto a la devolución de los seguros previsionales, adujo que con dicha orden se desconoce la teoría de las restituciones mutuas, lo cual acarrearía un perjuicio en el patrimonio propio de esa AFP, como quiera que no solamente se está ordenando devolver aportes y rendimientos, sino que se desconoce el trabajo por esta realizado.

Dijo que, en caso de confirmarse la sentencia, en cuanto a los seguros previsionales, tal condena sea redireccionada a la aseguradora Mapfre, como quiera que es esta la que ha venido administrando los recursos para la sobrevivencia e invalidez.

Así mismo, señaló que estos dineros no pueden devolverse indexados, teniendo en cuenta que en ningún momento han perdido el poder adquisitivo, siendo el mismo porcentaje el que se hubiera descontado en el RPM.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** expuso que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP esta la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación y, por el contrario, se han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el RPM.

Indicó que, ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero es imponer una doble condena, por cuanto los rendimientos financieros obtenidos por la gestión adelantada por esa AFP superan la posible pérdida

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada, representados en los rendimientos pensionales.

Finalmente, **COLPENSIONES**, manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento y un error sobre un punto de derecho no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, adicionalmente, la nulidad no se alegó dentro del término establecido en el artículo 1750 del Código Civil.

Expuso que, se presenta una ratificación expresa o tácita que saneó el presunto vicio y en este caso la demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 del Código Civil, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen, máxime si se tiene en cuenta que la demandante, desde la fecha de diligenciamiento del formulario, ha consentido en que se hagan los descuentos respectivos con destino a su cuenta de ahorro individual.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

desde el 16 de junio de 1983 presenta aportes en tal régimen (fl. 48 archivo 08); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 15 de septiembre del 2000 (fl. 50 archivo 05) y posteriormente realizó traslado horizontal a la AFP SKANDIA S.A. el 12 de noviembre de 2010 (fls. 15 y 55 archivo 10).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 50 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15 de septiembre del 2000 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Suárez Zúñiga se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de septiembre del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo argüye Colpensiones en su recurso, ya que el legislador expresamente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

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

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

En cuanto a las restituciones mutuas, tema expuesto por Skandia S.A. en su recurso, en sentencia CSJ SL2877 del 2020 Rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

“(…) a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

De otra parte, respecto de la solicitud elevada por Skandia S.A. respecto de redireccionar la condena de devolución de seguros previsionales a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., ha de señalarse que al plenario fueron

allegadas las pólizas visibles a folios 23 a 30 del archivo 18 del expediente digital, cuyo tomador es Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. con un tipo de contrato por Seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, por ello, se hace necesario traer a colación el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, el cual indica que *“los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación”*, lo que implica que la póliza referida sólo se activaría para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que Mapfre no tiene la obligación de cubrir condena alguna procedente de esta litis, además, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las AFP del RAIS, razón por la que no hay lugar a acceder a dicho pedimento.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que esta sea improcedente y que con la misma se imponga un doble pago, como lo aducen las recurrentes Skandia S.A. y Porvenir S.A. en sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

recursos, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a estas.

3.3. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de las mujeres, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el demandante nació el 26 de enero de 1959, a decir del documento de identidad visible a folio 3 del archivo 01, por lo que cumplió 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2016; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrimada por Skandia S.A. con fecha de generación 07/07/2021 (fls. 16 a 39 archivo 10), para el mes de mayo la demandante acredita 1.946,57 semanas, con lo que, cumple con los requisitos de la norma trasunta para acceder a la prestación pensional.

Sin embargo, a efectos de determinar la fecha de reconocimiento de dicha prestación, se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Por ello, revisado el documento en mención, se tiene que la última cotización data del periodo de mayo de 2021, y la fecha de generación de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

historia laboral es del 07 de julio del 2021, ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco demostrara la fecha de desafiliación del sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliada del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Por lo antes expuesto, acertada resulta la decisión de primera instancia, resaltando que la parte demandante no apeló la decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto de la pretensión pensional, y en tal sentido se CONFIRMARÁ.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia a fin de **ADICIONAR y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 009 2019 00801 01.

Demandante: GABRIELA SUÁREZ ZUÑIGA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

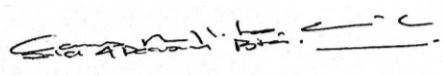
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2020 00071 01.

Demandante: **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que el señor **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO** adelanta contra **LAS RECURRENTES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados, junto con los rendimientos y en general todos los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración; y a esta última a aceptar el traslado y recibir dichos dineros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2020 00071 01.

Demandante: **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 18), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante LUIS ANTONIO CARDENAS MORENO, a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante la suscripción de afiliación realizada el 30/12/2002, en consecuencia, se declara ineficaz su traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir y restablecer afiliación de la demandante LUIS ANTONIO CARDENAS MORENO al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiese trasladado de régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a AFP PORVENIR S.A., a hacer la devolución con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas las sumas que se encuentren en la cuenta individual del demandante LUIS ANTONIO CARDENAS MORENO correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos como

Demandante: **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

lo dispone el artículo 1746 del C.C., y así mismo deberá incluir las sumas descontadas al demandante por la AFP Porvenir S.A., por los conceptos de gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, que deberá realizarse en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, entregando a Colpensiones los documentos correspondientes que den constancia de que efectivamente se hace la devolución de las sumas correspondientes al demandante y también la información que dé constancia de cuáles fueron los ciclos cotizados, los IBC sobre los cuales se cotizó, valor de los aportes recibidos, los rendimientos, intereses producidos, así como también la información de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, para que Colpensiones pueda verificar que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia, todo de conformidad con la parte motiva de esta.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia, debe imputar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en el RAIS, para efectos pensionales en la historia laboral de Colpensiones y que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de las administradoras AFP PORVENIR S.A. la suma de \$ 1.100.000, y Agencias en Derecho a cargo de COLPENSIONES la suma de \$ 350.000, a favor de la parte actora.

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

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A., indicó que, el demandante realizó válidamente su traslado al RAIS, de manera informada y sin presiones, todo de conformidad con la normativa vigente para el momento en que se realizó el traslado esto es en el año 2002.

Manifestó que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por esa AFP; que el actuar de Porvenir S.A. se encuentra permeado de buena fe objetiva, como quiera que todas sus actuaciones se realizaron en cumplimiento de la normatividad vigente al momento del traslado, por lo que no existen razones fácticas ni jurídicas que permitan declarar la ineficacia del traslado, pues antes de adoptar la decisión, el demandante recibió información suficiente y veraz de las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, suscribió el formulario de afiliación el cual cumplía con todos los requisitos, haciéndolo de manera libre y voluntaria

Indicó que, el efecto natural de la declaratoria de ineficacia implicaría que los rendimientos deben corresponder a los que se hubieran generado en la reserva del ISS hoy Colpensiones y no los que se hubieran generado en el RAIS; así mismo, tampoco es dable restituir conceptos como seguros previsionales o porcentaje del fondo de pensión de garantía mínima, comisiones o gastos de administración, como quiera que esa AFP en los 20 años que estuvo afiliado el demandante, realizó estos descuentos en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y dichas sumas fueron invertidas en la forma que exige la ley y ya no se encuentran en poder de esta AFP

Finalmente, en cuanto a la devolución de los emolumentos indexados, debe tenerse en cuenta que se incurre en una doble condena, como quiera que el fallo también esta condenando al reintegro de los rendimientos, por lo que al devolverse estos últimos, que son dineros actuales, no puede generarse la condena a indexarlos, puesto que ello generaría una actualización de la moneda corriente, generando una doble condena por el mismo concepto.

Solicitó revocar la condena por agencias en derecho como quiera que ese fondo ha actuado de buena fe y no podía rechazar la voluntad de afiliación del hoy demandante.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que el traslado efectuado por el demandante al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento y la omisión en el deber de información alegados por el demandante, no se demostraron, como quiera que obran pruebas documentales suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria y que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que conllevaría el traslado de régimen pensional.

Indicó que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen pensional al que se afilian, como lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y al demandante se le respetó tal derecho al suscribir el formulario de afiliación al RAIS.

Señaló que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado por edad establecida en la Ley 797 de 2003, pues al momento de interponer esta demanda contaba con 60 años de edad.

Finalmente, solicitó se absuelva de la condena en costas, pues ha actuado siempre de buena fe y en aplicación al principio legal que le corresponde.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2020 00071 01.

Demandante: **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 07 de febrero de 1985 presenta aportes en tal régimen (fl. 52 a 57 archivo 18), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 30 de diciembre del 2002 (fl. 31 archivo 18).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 31 del archivo 18, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de diciembre de 2002 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*; omisión que tampoco puede subsanarse con lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Cárdenas Moreno se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de diciembre de 2002) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados y tampoco se demuestra con el interrogatorio de parte rendido por el actor, como lo aducen las recurrentes, por las razones expuestas en antecedencia.

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

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

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

Ahora bien, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que las condiciones y características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y que el demandante podía informarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

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

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

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores

recibidos con motivo de la afiliación del demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esta.

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

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por las recurrentes, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

Y frente a las agencias en derecho, que señala Porvenir S.A. en su recurso, ha de precisarse que, en virtud de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, esta no es la oportunidad procesal pertinente para controvertir su monto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2020 00071 01.

Demandante: **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

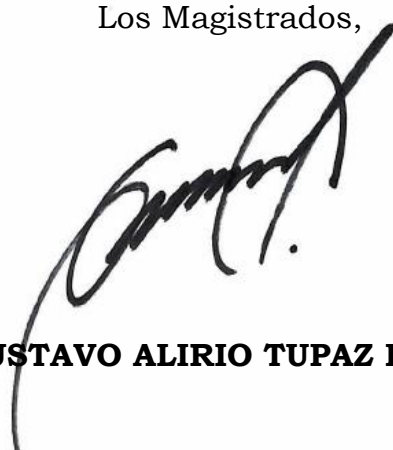
R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,

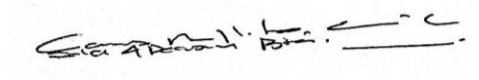


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2020 00071 01.
Demandante: **LUIS ANTONIO CÁRDENAS MORENO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ ROMERO** adelanta contra **PORVENIR S.A.** y las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad de la afiliación del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuada el 17 de diciembre de 1997 a través de la AFP Skandia S.A., así como la realizada con Porvenir S.A. el 25 de junio de 2013.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

todos sus frutos e intereses, así como los rendimientos causados; y a esta última a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

SKANDIA S.A. (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción laboral.

Finalmente, en cuanto a **PORVENIR S.A.**, mediante auto del 06 de mayo del 2022, se tuvo por no contestada la demanda por esta AFP (archivo 12).

2.3. Llamamiento en garantía.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, presentando como excepciones de fondo, entre otras la de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (archivo 14).

2.4. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el día diecisiete (17) de diciembre de 1997 por el señor LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PENSIONAR SA, hoy SKANDIA SA, y su posterior traslado horizontal a la AFP PORVENIR SA, acaecido el 25 de junio de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas PORVENIR SA y SKANDIA SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad; es decir, SKANDIA deberá devolver a COLPENSIONES la totalidad de porcentajes que en su momento haya descontado de las cotizaciones obligatorias del demandante y que hayan sido destinadas a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima. Para el caso de PORVENIR SA, deberá devolver a COLPENSIONES el 100% del valor de la cuenta individual del demandante, incluyendo los rendimientos financieros. Igualmente, la totalidad de los porcentajes que hubiese descontado en su momento de las cotizaciones obligatorias del demandante y que hayan sido destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de reaseguro de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar en la historia laboral del demandante los tiempos cotizados en su momento en el RAIS.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de la totalidad de las pretensiones impetradas en su contra por SKANDIA SA en el llamamiento en garantía.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a las sociedades SKANDIA S.A y PORVENIR S.A incluyendo como agencias en derecho a favor del demandante la suma de 2 SMLMV, suma que deberá ser asumida por partes iguales por dichas AFP en razón de 1 SMLMV para cada una. Suma que en su momento será incluida en la respectiva liquidación que se realice por parte de este Despacho.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional se Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

2.5. Argumentos de las recurrentes.

SKANDIA S.A. indicó que el Decreto 3995 del 2008, en su artículo 7, señala de manera taxativa cuáles son esos emolumentos y conceptos que deben trasladarse en el momento que opera un traslado de estos recursos del RAIS al RPM y tal norma señala que sólo deben trasladarse los recursos destinados a la cuenta de ahorro individual y al fondo de garantía de pensión mínima, pero no se indica que deban devolverse los gastos de administración ni las primas de seguros previsionales.

Manifestó que la norma en mención, guarda relación armónica con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 20 le ha dado una destinación específica a los gastos de administración y, como quiera que dicho rubro fue utilizado para la correcta administración de los recursos del demandante durante el periodo que estuvo afiliado a esta AFP, por lo que no están a disposición de esa administradora y para cumplir la sentencia lo debe hacer con su propio patrimonio generándole unos perjuicios económicos, fiscales y financieros, no solo a esa AFP sino al RAIS.

En cuanto a la absolución de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., indica que existe un derecho no solo legal sino también contractual para exigir el reembolso del pago total o parcial que tuviere que hacer como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

resultado de la sentencia, como en este caso, y al declararse la ineficacia se pierde uno de los elementos esenciales de todo contrato de seguros como es el interés asegurado y en tal orden de ideas el asegurador debe restituir las primas perseguidas, conforme lo dispuesto en el artículo 1137 del Código Civil.

Finalmente, en caso de confirmarse la sentencia, solicitó tener por demostrada la figura de la prescripción frente a los gastos de administración, ya que este concepto no está destinado a cubrir la pensión de vejez del actor y que también se aplique a las primas de seguros previsionales.

Por su parte, **COLPENSIONES** expuso que con el traslado ordenado se genera una desfinanciación del sistema pensional, ya que no existe un cálculo frente al valor que debe cubrir esta entidad, ya que, si bien se trasladan los aportes con las sumas adicionales, el demandante debería cancelar un cálculo de rentabilidad, tal y como lo indica la sentencia SU 062 de 2010.

Indicó que, en tal caso de confirmarse la sentencia apelada, solicita se confirme la decisión de reintegrar la totalidad de las cotizaciones, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegren los recursos y actualicen los datos del demandante.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la A.F.P. PENSIONAR hoy SKANDIA S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 19 de julio de 1978 presenta aportes en tal régimen (fl. 61 archivo 09); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., el 17 de diciembre de 1997 (fl. 47 archivo 03 y fl. 36 archivo 08) y posteriormente realizó traslado horizontal a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 25 de junio de 2003 (fls. 46 archivo 03).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede

demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 47 del archivo 03 y 36 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 17 de diciembre de 1997 con la extinta A.F.P. PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bermúdez Romero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (17 de diciembre de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

Ahora bien, respecto de la solicitud elevada por Skandia S.A. respecto de condenar a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. a la devolución de seguros previsionales, ha de señalarse que al plenario fueron allegadas las pólizas visibles a folios 27 a 33 del archivo 14 del expediente digital, cuyo tomador es Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. con un tipo de contrato por Seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, por ello, se hace necesario traer a colación el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, el cual indica que *“los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación”*, lo que implica que la póliza referida sólo se activa para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que Mapfre no tiene la obligación de cubrir condena alguna procedente de esta litis, además, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las AFP del RAIS, razón por la que no hay lugar a acceder a dicho pedimento.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

principio de sostenibilidad financiera, como lo aduce Colpensiones al sustentar su recurso, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, con lo que se financiará la pensión.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

de la pensión y con destino a seguros previsionales; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

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

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

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

Respecto de lo señalado por Colpensiones en lo atinente a que no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto las AFP cumplan con lo aquí ordenado, debe señalarse que, la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, la que no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.

Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

Finalmente, ha de señalar esta Sala, que no encuentra motivos suficientes que los lleven a apartarse de la jurisprudencia pacífica y reiterada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, para casos como el que hoy nos ocupa, como lo solicita la recurrente Skandia S.A., máxime cuando ello conlleva un proceso de contra – argumentación, tal y como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, que en sentencia SU 354 de 2017, expuso:

“Este Tribunal explicó que el *apartamiento judicial del precedente* es la potestad de los jueces de distanciarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional. Para que sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella. Sobre el particular expuso:

“Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga”.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

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

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

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2020 00285 01.
Demandante: LUIS EDUARDO BERMUDEZ ROMERO.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

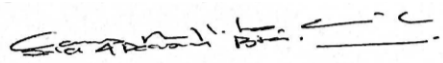
Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00476 01

Demandante: CLAUDIO DE JESÚS PEÑA AVILA

Demandado: COLPENSIONES

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de **CLAUDIO DE JESÚS PEÑA ÁVILA (Q.E.P.D)** sucedido procesalmente por su cónyuge **LUZ STELLA WILCHEZ DE PEÑA**, con ocasión de la sentencia que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 1° de febrero del 2023, en el proceso ordinario laboral que el beneficiario de la consulta adelanta contra de **COLPENSIONES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 01 de enero del 2007 y la indexación de las condenas, así como el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

1) Mediante Resolución No. 054263 del 2006, Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de enero del 2007; **2)** Dicha pensión le fue

reconocida en aplicación al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990; **3)** Contrajo matrimonio con Luz Stella Wilches de Peña el día 01 de julio de 1978; **4)** Él y su esposa conviven de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho y su esposa depende económicamente de él, pues no trabaja ni disfruta de pensión alguna; **5)** En la Resolución que le reconoció la pensión de vejez, no le fue reconocido el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; **6)** Frente a dicha norma “*no se ha producido ningún tipo de derogatoria*”; **7)** La reclamación administrativa fue agotada, ya que la misma se presentó el 30 de noviembre de 2016 y fue radicada bajo el número 2016_14008701; **8)** La demandada no ha dado contestación a dicha reclamación.

2.2. Respuesta a la demanda

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la acción, presentando en su defensa, entre otras, la excepción de prescripción.

2.3. Providencia recurrida

La **A quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, indicó que, conforme la sentencia SU 140 de 2019 de la H. Corte Constitucional, los incrementos pensionales del 7% y del 14% sufrieron una derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, lo que significa que los afiliados a los que se les reconoció el derecho con fundamento en normas anteriores a la Ley 100 de 1993, no se les puede reconocer el incremento pensional, a menos que hubiesen causado su derecho pensional antes del 1° de abril de 1994.

Para el caso concreto, señaló que el derecho pensional del demandante se causó con posterioridad al 1° de abril de 1994, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento del incremento pensional deprecado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00476 01

Demandante: CLAUDIO DE JESÚS PEÑA AVILA

Demandado: COLPENSIONES

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el cual fue utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará la consulta a favor del demandante.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De los incrementos pensionales por personas a cargo.

Inicialmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia estableció, en múltiples pronunciamientos, la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, señalando que, pese a no haber sido incluidos de manera expresa en el actual régimen pensional, se entendía que conservaban vigor frente a quienes se les

reconoció la prestación pensional al amparo del Decreto 758 de 1998, bien sea directamente o en aplicación del régimen de transición.

Al punto, en sentencia CSJ¹ SL 4051 de 2018 radicación 60955 M.P. Dra. Ana María Muñoz Segura, la mentada Corporación, expuso:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de ésta (...)”

Postura que mantuvo en sentencia CSJ² SL 809 del 2020 radicado 68868 M.P. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en la que señaló:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517,

¹ Sala de Descongestión No. 4

² Sala de Descongestión No. 1

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00476 01

Demandante: CLAUDIO DE JESÚS PEÑA AVILA

Demandado: COLPENSIONES

CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.”

Criterio que se mantuvo invariable, hasta la sentencia CSJ SL 2061 del 2021 radicado 84054, proferida por la Sala de Casación Laboral M.P. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, en donde la Sala permanente expuso:

“En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 *supra*, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver *supra* 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 *supra* y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver *supra* 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada,”

Puestas de este modo las cosas, esta Sala acoge la interpretación de la Sala permanente del máximo órgano de cierre de la especialidad laboral, la cual se acompasa con la sostenida por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, frente a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el Acuerdo 049 de 1990, que señala que los mismos no se encuentran vigentes a partir de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por lo que sólo tendrán derecho estos, quienes adquirieron el derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 100, esto es antes del 1° de abril de 1994.

3.2. Del caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que mediante Resolución No. 054263 del 2006 (fl. 20 archivo 01), el ISS reconoció al demandante una pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2007 por valor de \$4.511.163 pesos conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en aplicación al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con lo que claro resulta que, para su caso, los incrementos pensionales no se encuentran vigentes al haber causado su derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia consultada, pero por las razones aquí expuestas.

4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2018 00476 01

Demandante: CLAUDIO DE JESÚS PEÑA AVILA

Demandado: COLPENSIONES

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia consultada, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

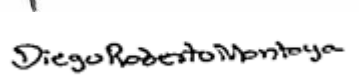
SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

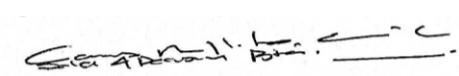
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y LAS RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A. y el realizado posteriormente a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses; y a esta última a aceptar dichos aportes y el traslado sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivos 03 y 04), se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso, entre otras, la de prescripción de la acción laboral.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la acción y propuso como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora FANNY HERNANDEZ FLOREZ, identificada con C.C N° 63.309.412, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 30 de septiembre de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante FANNY HERNANDEZ FLOREZ, identificada con C.C N° 63.309.412, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 24 de enero de 1992 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP PROTECCION SA, PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.138.188-1, quien es actualmente la AFP que administra los aportes y a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 señora **FANNY HERNANDEZ FLOREZ** identificada con C.C N° 63.309.412, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y

comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde **COLPENSIONES** está obligada a recibir dichas sumas

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

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

SEXTO: Se condena en costas a la demandada **PORVENIR**.

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

2.4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A., manifestó que el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, lo que impide que se ordene la devolución de sumas diferentes a las allí señaladas.

Adujo que el artículo 20 de la misma norma establece, discrimina y detalla cuales son los valores que se descuentan y cual es el dinero que va dirigido a la cuenta de ahorro individual del afiliado y ordenar la devolución de sumas no contempladas en la norma, configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y del afiliado y en detrimento de Porvenir S.A.

En cuanto a la condena de indexación, manifestó que la misma es improcedente como quiera que en sentencia C-161 de 2010, se explica lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

referente a la indexación y en tal orden de ideas, en virtud de los rendimientos financieros generados durante el tiempo de afiliación de la demandante a Porvenir S.A., no se ha visto afectada con el fenómeno de la inflación de la economía y por el contrario se han generado rendimientos superiores a la rentabilidad mínima establecida en la ley, por lo que resulta incompatible ordenar la indexación.

Concluyó indicando que, de confirmarse la sentencia, solicitó que, a título de restituciones mutuas se autorice a Porvenir S.A. a descontar de los rendimientos generados a la demandante lo correspondiente a primas de seguro previsional, gastos de administración y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que esa AFP realizó una gestión a favor de la afiliada que le generó los rendimientos y que no se hubieren generado de estar afiliada en el RPM.

Por su parte, **COLPENSIONES**, indicó que, la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo establecido el artículo 13 de la Ley 100, ya que para la fecha de afiliación de la actora al RAIS se encontraba frente a una mera expectativa.

Precisó que la demandante no se encontraba afiliada al ISS sino al Instituto de Previsión Social de Santander, siendo Colpensiones un tercero de buena fe, resultando inoponible el presente caso.

Manifestó que, después de transcurridos 20 años fue que la demandante solicitó el traslado de régimen pensional alegando una supuesta falta de información y que para esa data ya contaba con 56 años, encontrándose próxima a obtener su derecho a la pensión, por lo que, atendiendo lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 su pedimento de traslado resulta improcedente.

Adujo que los consumidores financieros también tienen el deber de informarse respecto del régimen pensional, evidenciándose que, la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS no se acercó ni indagó respecto de la información que ya tenía respecto a su derecho pensional, con lo que la voluntad de la actora de mantenerse en el RAIS se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

encuentra ratificada, encontrándose así saneado cualquier vicio o nulidad que se pudiera haber presentado al momento de su afiliación al RAIS en octubre de 1995.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 24 de enero de 1992 presenta aportes a tal régimen (fl. 91 archivo 02); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 30 de septiembre de 1995 (fl. 90 archivo 05); y efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, así: i) a la extinta HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 07 de julio de 1998 (fl. 91 archivo 05) y ii) a la otrora SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de agosto del 2000 (fl. 56 archivo 07).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 90 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de septiembre de 1995 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos*

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Hernández Flórez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de septiembre de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Ahora bien, frente a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto de que nada tuvo que ver entre el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., pertinente resulta traer a colación el principio de la relatividad jurídica, figura propia del derecho civil, que

básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían

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

lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

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

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

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

“(…) a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Ahora bien, respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que el actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional y que al momento de su traslado no contaba con una expectativa pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse o si cuenta o no con una expectativa pensional, pues la

² Ibídem.

violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, respecto de argumento presentado por la recurrente, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle al (a) afiliado (a) la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en

que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, acertada resulta la decisión proferida en primera instancia, la cual se CONFIRMARÁ.

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que su condena sea improcedente, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada al Instituto de Previsión Social de Santander previo su traslado al RAIS en el año 1995, razón por la cual, Colpensiones argumenta que esta entidad no es quien debe recibirla de vuelta, atendiendo las consecuencias derivadas de la ineficacia. Por lo anterior, debe tenerse en cuenta que *“(…) si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley””*³

Por lo anterior, teniendo en cuenta que desde su vinculación con la Gobernación de Santander en el año 1992 hasta el año 1995, en el que se trasladó al RAIS, la accionante efectuó cotizaciones al mentado Instituto de Previsión Social de Santander, su regreso al RPMPD como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, debe efectuarse a la única entidad que actualmente administra dicho régimen, esto es, a Colpensiones, tal y como

³ CSJ SL 4334 de 2021 Rad. 83538

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.

Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

lo tiene asentado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia CSJ SL 4334 de 2021 Rad. 83538.

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

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, atendiendo las razones aquí expuestas.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 019 2020 00488 01.
Demandante: FANNY HERNÁNDEZ FLÓREZ.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Seguridad Social.

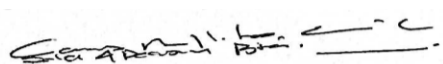
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00236 01.

Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide los recursos de apelación que **JIMMY GALINDO MEDINA** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **GALINDO MEDINA** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A., LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA** y las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare que prestó sus servicios a la Armada Nacional por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1975 al 01 de diciembre de 1978, así como el tiempo por él laborado en la Flota Mercante Grancolombiana hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, que es beneficiario del régimen de transición, así como la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado a través de la AFP Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00236 01.

Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a pagar a la AFP Protección S.A. y/o a Colpensiones, el título pensional por el tiempo laborado en la Armada Nacional y el tiempo allí laborado se tenga en cuenta por la administradora que corresponda, se rehaga la historia pensional, se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos sus aportes y rendimientos financieros y a esta última a recibir dichos dineros y rehacer la historia laboral.

Así mismo, depreca el pago de perjuicios morales y materiales como el lucro cesante y el daño emergente.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado y la falta de inclusión en su historia pensional de los periodos laborados con la Armada Nacional y la Flota Mercante Grancolombiana hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Finalmente, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** (archivo 16), se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó en su defensa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

2.3. Providencia Recurrida.

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

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 el señor JIMMY GALINDO MEDINA a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., realizado el día 01 de noviembre del año 1996, 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 PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de JIMMY GALINDO MEDINA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., y COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la ARMADA NACIONAL de las pretensiones incoadas en su contra, conforme las consideraciones que precedieron.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., y COLPENSIONES, a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

SÉPTIMO: Sea o no apelada esta decisión, remítase en su integridad para ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, con el fin de que sea revisada a través del grado jurisdiccional de Consulta, teniendo en cuenta que Colpensiones fue condenada.

Para llegar a tal determinación, el *a quo*, señaló que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el accionante contaba con 36 años de edad y un total de 620 semanas, ya que acreditó un tiempo de cotización de 11 años, 10 meses, 2 semanas y 3 días, con lo que no cuenta con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; en cuanto a la solicitud de

condenar a la Armada Nacional a la expedición de un bono o cálculo actuarial, señaló que el demandante no ejerció ningún cargo remunerado en esa Institución, pues su vínculo con la misma se dio en calidad de alumno de la Escuela Naval Almirante Padilla entre el 09 de enero de 1975 y el 01 de diciembre de 1978, habiéndose dado su retiro por la finalización de los estudios y el hecho que manipule un fusil y preste guardia, situación que no se encuentra demostrada en el proceso, corresponde a la formación profesional que imparte la respectiva institución armada, siendo ello distinto al caso de las personas que prestan su servicio militar obligatorio, por ello, no se tendrá en cuenta dicho tiempo para el cómputo de semanas.

Respecto de la ineficacia del traslado, manifestó que la AFP Protección S.A. omitió el deber de informar de manera clara, comprensible y suficiente, sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el RPM al que se encontraba vinculado el actor.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

La parte **DEMANDANTE**, manifestó que, el tema de la Armada Nacional ha sido debatido por las Altas Cortes, quienes señalan que el tiempo de la Escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales debe ser tenido en cuenta para la pensión de vejez – Ley 40 de 1992 y el servicio militar obligatorio quedo reglamentado y desde la época en que se crearon las escuelas de formación quedo claro que, 2 de los 4 años se tenían como servicio militar obligatorio.

Adujo que la Armada Nacional certificó el periodo del 09 de enero de 1978 al 01 de diciembre de 1981, dejando claro que 2 de esos años serían de servicio militar obligatorio; que el Consejo de Estado, en la sentencia No. 8800123-31-000-2011-00053-01 radicado 1364 del 2013, dejó claro que debería tenerse en cuenta todo el tiempo de los 4 años que la persona estuvo en la escuela de formación de la Armada Nacional, tema que se puede ratificar en la sentencia T-166 de 2020, en donde se señala que este tiempo debe ser tenido en cuenta, especialmente cuando el Consejo de Estado ha dicho que a pesar de ser un estudiante, portó su fúsil y cumplió guardias, por lo que eso es un tema de prestación del servicio militar.

Manifestó que, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 200 y SL 180 del 2020, tratan un tema similar al aquí propuesto, donde se ordenó tener en cuenta el tiempo de la Armada para el momento de liquidar la pensión.

Finalmente, solicitó condenar en costas al Ministerio de Defensa.

Por su parte, **COLPENSIONES**, indicó que el demandante no tiene la calidad de beneficiario del régimen de transición y que se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión.

Expuso que la selección de régimen se dio en ejercicio del derecho del demandante a la libre escogencia y que durante todos estos años ha decidido mantenerse en el RAIS y que la solicitud de nulidad no se presentó dentro del término establecido para ello, máxime cuando el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales, sobre un objeto y causa lícita y con la voluntad de querer trasladarse, con lo que el mismo debe entenderse como válido y eficaz; además, que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone por encima el interés de unos particulares sobre el interés general.

En caso de confirmarse la sentencia, solicita revocar la condena en costas, teniendo en cuenta que Colpensiones no fue quien dio lugar al traslado y no tuvo injerencia en el mismo, adicionalmente, porque por mandato constitucional, los dineros que maneja esa entidad debe ser utilizados única y exclusivamente para el pago de mesadas pensionales.

Precisó que, existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que se indica que los gastos de administración deben ser devueltos debido a que las AFP fueron las que provocaron la ineficacia del traslado por la falta al deber de información y el hecho de declarar la ineficacia del traslado significa que este nunca existió por lo que las AFP no deben tener dineros de un negocio jurídico que nunca se celebró.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y las demandadas Colpensiones y el Ministerio de Defensa para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.? y ¿Es dable tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo que el demandante fue estudiante en la Escuela de Naval de Cadetes Almirante Padilla?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00236 01.

Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 15 de agosto de 1990 presenta aportes en tal régimen (fl. 122 archivo 01) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 01 de noviembre de 1996 (fl. 17 archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de

que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Del caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 17 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de noviembre de 1996 con la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Galindo Medina se trasladó al régimen

de ahorro individual con solidaridad (01 de noviembre de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

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

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

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

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

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

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

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

² Ibídem.

el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

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

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

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

3.3. De los tiempos como estudiante de la Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla.

Frente al particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia CSJ SL1126-2023, expuso:

“En virtud de los artículos 40 de la Ley 48 de 1993 y 45 de la Ley 1861 de 2017, la Corte definió que los periodos en que la persona hubiera prestado el servicio militar obligatorio debían ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión legal de vejez.

(...)

Escenario diferente configura el de las escuelas militares de formación, pues debe entenderse que el tiempo en que las personas estuvieron allí vinculadas obedece a un periodo de permanencia o de preparación no de servicio, lo que significa que este no pueda ser susceptible de ser contabilizado para la obtención de cualquier de las prestaciones de vejez que estén contenidas o a las que remita el Sistema General de Seguridad Social.

En lo atinente al cuadro normativo, en el caso del servicio militar obligatorio, el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 consagra expresamente la posibilidad de que este interregno sea contabilizado para obtener la pensión de vejez. Situación contraria esta con el tiempo en que la persona estuvo en escuelas de formación militar, toda vez que el artículo 170 del Decreto 1211 de 1990 autoriza la sumatoria de estos ciclos solo para efectos de asignaciones de retiro y prestaciones sociales propias de las Fuerzas Militares, no para la pensión del sistema general.

Dicha distinción fue desarrollada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde a través de la sentencia CE SS, 1° de julio de 2004, radicación 1557, expuso lo siguiente:

Es decir, la norma especial asimila como tiempo de servicio a la Nación, en calidad de miembro de la fuerza pública, el de estudio como alumnos de las escuelas de formación, no obstante que al referirse a dichos lapsos los califique de permanencia y no de servicio.

El cómputo de este tiempo para derechos pensionales tiene efectividad a favor del personal de oficiales y suboficiales que consolida el derecho a la asignación de retiro --después de 15 años de servicio--. Se trata de una prerrogativa propia de quienes una vez egresados de las escuelas de formación ingresan al escalafón militar y continúan en servicio activo hasta obtener la referida asignación, tanto así que si se produce el retiro antes del tiempo mínimo para la asignación, estos lapsos no tienen ningún efecto para fines pensionales. Constituye un derecho para personal militar por servicios militares, regulado por el régimen prestacional de la fuerza pública, que difiere del general en consideración a la naturaleza del servicio prestado.

Por ello, no es viable computar el tiempo de permanencia en las escuelas de formación militar como requisito para obtener la pensión de vejez prevista en la ley 100 de 1993, pues la especialidad del régimen prestacional de la fuerza pública excluye la aplicación de la normatividad del Sistema General de Seguridad Social.

Así las cosas, no se advierte un error del Tribunal al haber concluido que no era posible incluir los tiempos en que el señor Buitrago Vega estuvo vinculado como cadete en la Armada Nacional entre el 21 de julio de 1970 y el 1° de diciembre de 1975, para efectos de establecer si era beneficiario o no de la transición, así como para determinar si cumplía con el requisito mínimo de semanas o tiempo de servicios contenido en las leyes 33 de 1985, 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990.

Finalmente, ha de precisarse que el eventual cómputo de estos ciclos es procedente para la obtención de la pensión especial de las fuerzas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00236 01.

Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

armadas según lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley 923 de 2004 y 7.1 y 7.2 del Decreto 4433 de 2004, pero no para las contenidas en el Sistema General de Pensiones como la que aquí se discute.”

Siguiendo los parámetros claros expuestos en la sentencia en cita no resulta posible incluir los tiempos en los que el señor Galindo Medina estuvo vinculado como alumno oficial en la Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla, a decir de la certificación expedida por la Armada Nacional (fl. 35 archivo 01).

Por último, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente Colpensiones, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

R E S U E L V E:

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

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

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

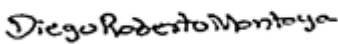
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

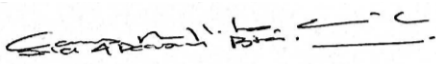
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2021 00236 01.
Demandante: **JIMMY GALINDO MEDINA.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que la señora **DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y LA RECURRENTE**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

contenidos en su cuenta de ahorro individual; y a esta última, a recibirla sin solución de continuidad.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

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 DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN hacia COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A el 26 de enero de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PPROTECCIÓN S.A. como actual fondo pensional de la actora, DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, atendiendo la condena impuesta a Colpensiones.

2.4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que al ordenar el traslado de la demandante del RAIS al RPM se está vulnerando la prohibición legal que indica que una persona a la que le falten menos de 10 años para obtener la edad para acceder a la pensión, no puede trasladarse de régimen, prohibición en la que se encuentra inmersa la demandante y es por ello que Colpensiones se ha negado a dicho traslado.

Indicó que el traslado de régimen efectuado por la accionante se realizó con el lleno de los requisitos legales, además, que ella escogió el fondo al que quería pertenecer de manera libre y voluntaria, haciendo uso de su derecho de libre escogencia, por lo que dicho traslado no se encuentra viciado, máxime si se tiene en cuenta que existe el consentimiento de la demandante y no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento en dicho acto jurídico y tampoco hay una lesión injustificada en el derecho a la pensión de la actora ya que, en uno u otro régimen, cuando cumpla los requisitos se va a pensionar.

Expuso que el traslado de la demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema ya que, si bien es cierto la AFP va a tener que devolver los aportes o cotizaciones efectuadas por la actora, también es cierto que Colpensiones, eventualmente, va a tener que cubrir con sus arcas las pretensiones económicas de la pensión de la accionante.

Solicitó no imponer condena en costas en su contra, pues Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el traslado realizado ya que este fue un acto jurídico celebrado entre la AFP Protección S.A. y la demandante, no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

pudiendo Colpensiones oponerse a dicho traslado y la condena en costas hace más gravosa su situación.

Indicó que los saldos a devolver deben realizarse de manera íntegra, incluyendo los gastos de administración, sumas de seguros previsionales y en general cualquier suma que haya pasado por la AFP.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y por la demandada Colpensiones, para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de octubre de 1987 presenta aportes en tal régimen (fl. 39 archivo 06), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 26 de enero de 1998 (fl. 45 archivo 01 y fl. 31 archivo 07).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad

(CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 45 del archivo 01 y 31 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de enero de 1998 con la extinta A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el*

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Manrique Aragón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de enero de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable

al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

² Ibídem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2022 00160 01.

Demandante: DORA CECILIA MANRIQUE ARAGÓN.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los dineros descontados con destino a seguros previsionales, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

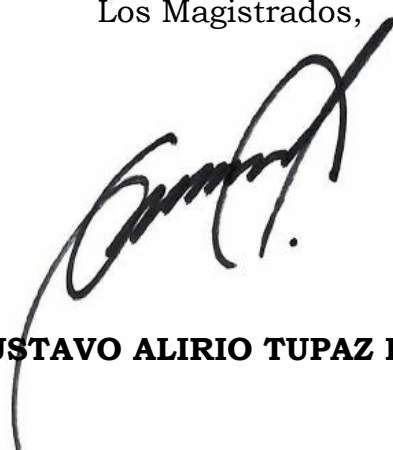
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que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

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

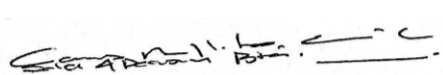
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.

Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 01 de junio de 2023, en proceso ordinario laboral que **JAVIER JARAMILLO DÍAZ** adelanta contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación y traslado realizado a la AFP Porvenir S.A. el 01 de junio del 2003.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, contenidos en su cuenta de ahorro individual; y a esta última, a incorporar y recibir dichas sumas y las compute como semanas cotizadas en la historia laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.

Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

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

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

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JAVIER JARAMILLO DIAZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 18 de junio de 2003. 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 permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los 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, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, en los términos y por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia

SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: 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.

2.4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, manifestó que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal dispuesta en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, norma que lo que buscó fue crear una barrera para evitar la descapitalización del sistema pensional, de manera que, al no darse aplicación a este precepto, pese a que el demandante cumple con los requisitos de esta prohibición legal, se configura como un “*asalto a la principal arma de defensa que tiene Colpensiones*”, entidad que asiste a este tipo de procesos como un tercero de buena fe y termina respondiendo por actos jurídicos celebrados entre terceros.

Indicó que la falta de información que aduce el actor no se encuentra debidamente demostrada, como se evidencia del interrogatorio de parte rendido por el demandante, ya que lo que aduce es el descontento del valor de su mesada pensional en el RAIS, lo que no se puede reputar como una falta al deber de información, pues para la época del traslado del demandante no resultaba posible señalarle cuál iba a ser su mesada pensional cuando cumpliera los requisitos de ley, de manera que la asesoría que le dio el fondo privado en su momento resultó acertada respecto de las características del RAIS.

En caso de que se confirme la sentencia, solicitó se revoque la condena en costas ya que, reiteró, Colpensiones se encuentra en este caso

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.

Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

“respondiendo por actos jurídicos de terceros” y nada tuvo que ver en la decisión libre y voluntaria del demandante para cambiarse de régimen pensional en su momento.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, indicó que, el demandante realizó válidamente su traslado al RAIS, de manera informada y sin presiones, todo de conformidad con la normativa vigente para el momento en que se realizó el traslado esto es en el año 2003, lo que se demuestra con lo manifestado por este en su interrogatorio de parte, así como lo indicado en el hecho 10 de la demanda que permite constatar que el demandante sí recibió una asesoría e información frente a los formularios que no fueron desconocidos ni tachados por la parte actora.

Manifestó que, el efecto natural de la declaratoria de ineficacia implicaría que los rendimientos deben corresponder a los que se hubieran generado en la reserva del ISS hoy Colpensiones y no los que se hubieren generado en el RAIS; así mismo, tampoco es dable restituir conceptos como seguros previsionales o porcentaje del fondo de pensión de garantía mínima, comisiones o gastos de administración, estos descuentos los realizo en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y dichas sumas fueron invertidas en la forma que exige la ley y ya no se encuentran en poder de esta AFP

Finalmente, en cuanto a la devolución de los emolumentos indexados, debe tenerse en cuenta que se incurre en una doble condena, como quiera que el fallo también está condenando al reintegro de los rendimientos, por lo que al devolverse estos últimos, que son dineros actuales, no puede generarse la condena a indexarlos, puesto que ello generaría una actualización de la moneda corriente, generando una doble condena por el mismo concepto.

Solicitó revocar la condena en costas como quiera que ese fondo no podía rechazar la voluntad de afiliación del hoy demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.

Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas, para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de junio de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 36 archivo 01 y fl. 71 archivo 03), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 19 de junio de 2003 (fl. 43 archivo 08).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 43 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de junio de 2003 con la A.F.P. PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*; omisión que tampoco puede subsanarse con lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Jaramillo Díaz se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad (18 de junio de 2003) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados y tampoco se demuestra con el interrogatorio de parte rendido por el actor, como lo aducen las recurrentes, por las razones expuestas en antecedencia.

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

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso

del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

² Ibídem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.

Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los dineros descontados con destino a comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esta.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

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

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

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por las recurrentes, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.

Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

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

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los dineros descontados con destino a comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

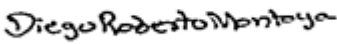
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

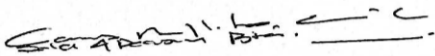
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 022 2020 00008 01.
Demandante: JAVIER JARAMILLO DÍAZ.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00411 01.

Demandante: **MARÍA CLARA AFANADOR CARRASCO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala estudia el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de mayo de 2023, en proceso ordinario laboral que **MARÍA CLARA AFANADOR CARRASCO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la A.F.P Protección S.A.

Como consecuencia de ello, depreca se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de aportes obligatorios y rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual, así como bonos pensionales e intereses; y a esta última a recibir dichos dineros y actualizar su historia laboral.

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

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 14 y carpeta 14.1), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 18), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00411 01.

Demandante: **MARÍA CLARA AFANADOR CARRASCO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, cuyo término venció en silencio.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de julio de 1987 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2330-20220810082112 carpeta 14.1) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la extinta A.F.P. DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 11 de agosto de 1997 (fls. 13 archivo 01, 21 archivo 09 y 43 archivo 18).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre

su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 13 del archivo 01, 21 del archivo 09 y 43 del archivo 18, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de agosto de 1997 con la extinta A.F.P. DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Afanador Carrasco se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (11 de agosto de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones,

beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello, se itera, no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

Por otra parte, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la

obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00411 01.

Demandante: **MARÍA CLARA AFANADOR CARRASCO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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

Los Magistrados,



Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00411 01.
Demandante: **MARÍA CLARA AFANADOR CARRASCO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que **JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.**, **EXPRESO GAVIOTA S.A.** y la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad de la vinculación y afiliación al fondo de pensiones Santander hoy Protección S.A., realizado el 28 de agosto de 2003.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado y que obra en su cuenta de ahorro individual, así como el bono pensional, los rendimientos y demás sumas, debidamente indexadas; y a esta última a recibirlo y a reconocer la pensión de vejez a partir del 19 de octubre de 2019, de conformidad con el régimen pensional más favorable.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Así mismo, deprecia se condene a Protección S.A. y a Expreso Gaviota S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados y al pago de los valores equivalentes a su pensión de vejez desde el 19 de octubre de 2019 y hasta que Colpensiones reconozca la prestación, ello a título de lucro cesante.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivos 02 y 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

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

Finalmente, **EXPRESO GAVIOTA S.A.** (archivo 05), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y, presentó como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **JOSÉ PEPE POMPILO AMAYA URREGO** al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **1° de octubre de 2003**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS ING o SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **JOSÉ PEPE POMPILO AMAYA URREGO** identificado con C.C. 79.143.462 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: CONDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor **JOSÉ PEPE POMPILO AMAYA URREGO**, a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación o cesen las cotizaciones al régimen de ahorro individual, para lo cual deberá liquidar el IBL en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 por contar con más de 1250 semanas cotizadas y determinar la tasa de reemplazo de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003; prestación que no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente y que deberá reconocerse por 13 mesadas al año, junto con los reajustes e incrementos legales anuales; retroactivo que deberá cancelarse de manera indexada, de conformidad con las razones dadas en precedencia.

QUINTO: AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que descuente en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.

SEPTIMO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a la empresa **EXPRESO GAVIOTA S.A.**

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. SIN COSTAS A CARGO de la empresa EXPRESO GAVIOTA S.A., Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

NOVENO: En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

2.4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que esa entidad no tuvo injerencia en las decisiones tomadas respecto de la afiliación inicial con la AFP, siendo Colpensiones una afectada dentro del proceso, estando a la expectativa de sus resultas, por lo que solicita se le absuelva de la condena en costas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandadas Colpensiones y Expreso Gaviota S.A.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de junio de 1977 presenta aportes en tal régimen (fl. 81 archivo 01 y fl. 4 archivo 03), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 28 de agosto de 2003 (fl. 113 archivo 01 y fl. 39 archivo 04).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

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

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 113 del archivo 01 y 39 del archivo 04, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 28 de agosto de 2003 con la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Amaya Urrego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de agosto de 2003) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

² Ibídem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los conceptos allí mencionados, **también deberá devolver los dineros descontados por concepto de comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

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

3.3. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que, para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 62 años en el caso de los hombres, y haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el demandante nació el 19 de octubre de 1957, a decir del documento de identidad visible a folio 115 del archivo 01, por lo que cumplió 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2019; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arimada por Protección S.A. con fecha de generación 09/11/2020 (fls. 68 a 88 archivo 04), para el mes de septiembre de 2020 el demandante acredita 1.907,71 semanas, con lo que, cumple con los requisitos de la norma trasunta para acceder a la prestación pensional.

Sin embargo, a efectos de determinar la fecha de reconocimiento de dicha prestación, se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Así, revisado el documento en mención, se tiene que la última cotización data del periodo de septiembre de 2020, y la fecha de generación de la historia laboral es del 09 de noviembre del 2020, ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco demostrara la fecha de desafiliación del sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Por lo antes expuesto, acertada resulta la decisión de primera instancia, resaltando que la parte demandante no apeló la decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto de la pretensión pensional, y en tal sentido se CONFIRMARÁ.

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PROTECCIÓN S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los conceptos allí mencionados, **también deberá devolver los dineros descontados por concepto de comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados;**
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 028 2019 00875 01.

Demandante: JOSÉ POMPILO AMAYA URREGO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

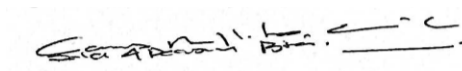
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00184 01

Demandante: JAIME ALBERTO GAONA

Demandado: PORVENIR S.A. Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de **JAIME ALBERTO GAONA**, con ocasión de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de agosto del 2022, en el proceso ordinario laboral que el beneficiario de la consulta adelanta contra de la **AFP PORVENIR S.A.** y **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, a partir del mes de noviembre de 2011. En consecuencia, depreca se condene a Porvenir S.A. o a la entidad de seguros a la cual se le haya sustituido la obligación del pago de la pensión de vejez, a su reliquidación, así como al pago de los intereses moratorios sobre la diferencia en el monto de la pensión y la correspondiente indexación sobre el valor de las mesadas pensionales desde el mes de noviembre de 2011 hasta cuando su pago se verifique.

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

1) Nació el 15 de enero de 1956; **2)** Cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 757 semanas, de las cuales 384.53 fueron cotizadas al régimen de prima media con el ISS hoy Colpensiones, y 372.47 cotizadas al RAIS con diferentes administradoras, siendo la última Porvenir S.A.; **3)** El 18 de octubre de 2011 Porvenir S.A. le informa que su pensión de vejez anticipada se encuentra próxima a ser reconocida, pero que, para tal fin es necesario contar con la autorización para la negociación del bono pensional; **4)** En la mentada comunicación se le informa que el cupón principal tiene un valor del bono de \$152.648.000 y una cuota parte tiene un valor de \$2.250.000 y también se le indica que las dos entidades que mejor han cotizado el valor del bono son Interbolsa S.A., quien ofertó el bono principal en \$150.813.442 y la mejor cotización del cupón de cuota parte la realizó Acciones y Valores, quienes ofertaron \$1.926.733; **5)** Mediante comunicación del 21 de diciembre de 2011, Porvenir S.A. le informa que le ha sido aprobada una pensión en cuantía de \$1.450.000, monto que se reajustaría año a año con fundamento en lo preceptuado en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 – retiro programado; **6)** El 03 de octubre de 2011, Porvenir S.A. le informa vía e-mail, que han recibido una cotización de renta vitalicia con una compañía de seguros, pero no le mencionan cuál, donde le ofrecen una renta vitalicia de \$1.416.752, monto inferior al que venía recibiendo por retiro programado de \$1.504.085 y se le indica que tiene hasta el 04 de octubre para tomar la decisión; **7)** “Ante la presión” de Porvenir S.A. para tomar una decisión respecto de la renta vitalicia, el 04 de octubre, ratifica con escrito radicado ante esta AFP, “*que es su deseo contratar con la Compañía de Seguros Global para que administrara su pensión a partir del mes de octubre de 2012*”; **8)** El 18 de octubre de 2012, Porvenir S.A. le informa que han procedido a contratar con la Aseguradora Global Seguros de Vida S.A. una renta vitalicia y le aportan copia del seguro de fecha 16 de octubre de 2012, donde se especifica que es por una mesada pensional de \$1.417.410, cifra inferior a la que le había reconocido Porvenir S.A.; **9)** El 15 de febrero de 2018 le solicita a Porvenir S.A., el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, argumentando que esta fue “*mal calculada*”; **10)** El 23 de febrero de 2018, Porvenir S.A. le informa que, como quiera que a partir del 05 de octubre de 2012, se efectuó contratación de una renta vitalicia con la Compañía de Seguros de Vida Alfa, debe redireccionar su petición a dicha

aseguradora; **11)** Conforme lo anterior, el 03 de mayo del 2018 radica ante la Compañía de Seguros de Vida Alfa, con copia a la Superintendencia Financiera de Colombia, solicitud de reliquidación de pensión de vejez anticipada; **12)** Mediante comunicación del 22 de mayo del 2020, la Aseguradora Global Seguros de Vida S.A., le informa que, revisados sus registros no aparece ni como afiliado ni como pensionado con dicha entidad aseguradora; **13)** Radica nuevamente petición ante Porvenir S.A. el 13 de junio de 2018 de reliquidación de la pensión de vejez anticipada, con copia a la Superintendencia Financiera; **14)** El 20 de junio del 2018, Porvenir S.A. le informa nuevamente que, quien es el responsable del pago de la pensión es la Aseguradora Global Seguros de Vida S.A. y que es ante esta que debe radicar la petición de reliquidación.

2.2. Respuesta a la demanda

Notificadas las convocadas, allegaron las siguientes contestaciones.

GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A. (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Principalmente, expuso que, como aseguradora, es la entidad con la que se contrata el pago de la pensión bajo la modalidad de renta vitalicia de acuerdo al reconocimiento que previamente efectúa la Administradora de Fondo de Pensiones y teniendo en cuenta la información que dicha entidad le suministra; que el demandante suscribió la póliza de seguro de renta vitalicia inmediata No. 67-1-20390, de acuerdo con la información suministrada por Porvenir S.A., quien reconoció previamente la pensión del demandante y que el actor decidió adquirir la póliza en mención, sin manifestar ningún tipo de reparo frente a los montos en que sería liquidada, además, las condiciones de dicha póliza fueron conocidas de manera previa por el demandante, quien las aceptó de manera libre, consciente y voluntaria y con dicho conocimiento el hoy demandante decidió celebrar el contrato de carácter irrevocable con esa aseguradora y como consecuencia de ello se encuentra pagándole su mesada pensional desde el mes de octubre de 2012.

Manifestó que esa aseguradora ha actuado como tercero de buena fe respecto de la relación entre el actor y el fondo de pensiones que reconoció su derecho pensional y conforme a ello ha pagado las mesadas pensionales del demandante, previo a que la AFP Porvenir S.A. analizara su caso particular, decidiera si tenía o no derecho y calculara el monto de la pensión que le correspondía; que ha cumplido con su obligación de pagar al demandante todas las sumas de dinero a su cargo, conforme los criterios normativos aplicables y con base en los cálculos financieros correspondientes, según las condiciones particulares del pensionado y sus beneficiarios y ha recibido tales sumas a entera satisfacción.

Concluyó precisando que, en cumplimiento de sus obligaciones como entidad aseguradora con quien el demandante celebró el contrato irrevocable de renta vitalicia, ya le ha reconocido y pagado la suma de \$192.064.099 pesos por concepto de mesadas pensionales con ocasión de la póliza de renta vitalicia vigente entre las partes, sin recibir reparo alguno por parte del demandante en relación con tales pagos y que no existen razones para considerar que la prestación pensional del actor deba ser reliquidada.

En cuanto a **PORVENIR S.A.**, mediante auto del 05 de noviembre de 2021 (archivo 10), se tuvo por no contestada la demanda por su parte.

2.3. Providencia recurrida

El **A quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, recordó que, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el principal requisito para acceder a la pensión de vejez es haber acumulado el capital suficiente para financiar la prestación pensional y que la ley permite la posibilidad de obtener la pensión de vejez incluso antes de cumplir la edad establecida en la norma para ello, siempre y cuando hubiera logrado acumular el suficiente capital para financiar la pensión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00184 01

Demandante: JAIME ALBERTO GAONA

Demandado: PORVENIR S.A. Y OTRA

Manifestó que, en este caso, el actor optó por pensionarse anticipadamente mediante la modalidad de retiro programado a partir del 01 de octubre del 2011, a la edad de 55 años, y hasta el mismo mes del año 2012, ya que en esta última data aceptó que se contratara la pensión bajo la modalidad de renta vitalicia para garantizar su pensión de por vida; que se demostró que solamente contaba con los recursos del bono pensional, el cual fue negociado con 7 años de anticipación para su redención, y los recursos de su cuenta de ahorro individual, los cuales fueron entregados como prima a la póliza contratada a partir del mes de octubre de 2012.

Expuso que, efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, a efectos de establecer cuál era el capital necesario que debía tener el demandante para obtener una mesada pensional bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, conforme las previsiones establecidas en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante, que conforme a las tablas de mortalidad sería de 27.20 años, siendo el capital necesario para ello una suma superior a \$509.521.634, para garantizar una mesada una mesada de un salario mínimo mensual legal vigente por el resto de su expectativa de vida y la de sus beneficiarios, capital que hasta el momento de la pensión no era suficiente como tampoco lo era para garantizar una mesada superior al 110% del salario mínimo y también indicó que, realizó el análisis con el capital aportado con la prima en la póliza de pensión vitalicia, teniendo en cuenta la misma expectativa de vida del actor, proyectando alrededor de 331 mesadas con un equivalente a \$1.105.979, es decir, inferior a la que recibió en el 2011 equivalente a \$1.450.000.

Conforme lo anterior indicó que la liquidación de la pensión del actor se encuentra ajustada a derecho, resaltando que, en este caso la AFP cumplió con su obligación de proteger al demandante, quien se encontraba inicialmente pensionado en la modalidad de retiro programado, ya que, para garantizar la pensión de vejez anticipada continuó reconocimiento un valor inferior a la inicialmente reconocida y se le cambió a la modalidad de renta vitalicia.

Adujo que, analizada la demanda, en esta también se solicita reversar la operación del bono pensional y dejar sin efecto su negociación, sin embargo,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00184 01

Demandante: JAIME ALBERTO GAONA

Demandado: PORVENIR S.A. Y OTRA

el actor no reúne el capital suficiente para reliquidar la prestación y tampoco ingresaron nuevos recursos que deban ser tenidos en cuenta; que, a la cuenta de ahorro individual del demandante ingresaron los recursos que fueron tenidos en cuenta al momento del reconocimiento de la pensión del actor y que se reflejan en la póliza contratada, adicionalmente, frente a esa póliza y la garantía de pensión mínima vitalicia, se presenta una situación jurídica consolidada, ya que el bono pensional fue negociado antes de su redención y obra el permiso concedido por el demandante para ello, accediéndose a la mejor oferta, además de que se debe garantizar el pago de la prestación a sus beneficiarios.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de enero de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el cual fue utilizado por la aseguradora demandada.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará la consulta a favor del demandante.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a reliquidar la pensión anticipada de vejez reconocida al demandante por Porvenir S.A. bajo la modalidad de renta vitalicia?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la modalidad de renta vitalicia.

La Ley 100 de 1993 en sus artículos 59 y siguientes, regulan lo pertinente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), en dicha normatividad se señala la forma en la cual se financian las prestaciones pensionales en ese régimen. Precisamente, dicho artículo señala que *“este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad”* y su artículo 68 establece que las pensiones de vejez - en este régimen - *“se financiarán con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima.”*

Ahora bien, dentro del RAIS coexisten varias modalidades de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes – artículo 79 Ley 100/1993-, a saber: i) la renta vitalicia inmediata (artículo 80), ii) el retiro programado (artículo 81), iii) el retiro programado con renta vitalicia diferida (artículo 82), o iv) las demás que autorice la Superintendencia Bancaria, cada una de las cuales tiene sus características propias y formas de cálculo, por lo que la AFP está obligada a suministrar la información detallada, precisa y clara a sus afiliados, a fin de que, debidamente informados, escojan la modalidad pensional que más convenga a sus intereses.

Respecto de la modalidad de renta vitalicia, el artículo 80 de la Ley 100 de 1993, establece:

ARTÍCULO 80. RENTA VITALICIA INMEDIATA. La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser

contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.

La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora.

3.2. De la reliquidación.

La reliquidación o reajuste de una pensión se presenta cuando el monto asignado por parte de la entidad responsable del reconocimiento prestacional se calcula de forma errónea o se ha omitido un factor salarial.

En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, se itera, este se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los rendimientos financieros del afiliado, ello al tenor de lo dispuesto en ellos artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y, en tal sentido el artículo 64 de la norma en cita dispone que, se tendrá derecho a la pensión de vejez en dicho régimen *“a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...), reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (...).”*

Frente al particular, la sentencia CSJ SL1168 de 2019 Rad. 58612, indicó:

“(...) al tenor de lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS – funciona bajo un esquema de capitalización individual, fundado en el ahorro, de corte más personal y menos colectivo, en el que los aportes se acumulan en una cuenta de ahorro individual que constituye un patrimonio autónomo de propiedad de cada afiliado y que, junto con los rendimientos y el bono pensional, si hay lugar a ello, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes. En este preciso escenario, los asegurados tienen derecho al reconocimiento de prestaciones variables, que dependen fundamentalmente de la cantidad de recursos acumulados en las cuentas de ahorro individual y de las decisiones y deseos personales. Este modelo, en ese sentido, invita a las personas al ahorro y a planear libremente, a partir de su propio esfuerzo, la

modalidad de pensión que más convenga a sus necesidades. El artículo 5 del Decreto 692 de 1994 señala al respecto que, en este régimen, *«...el monto de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados.»*

En concordancia con lo anterior, en lo que a las *pensiones de vejez* se refiere, en el RAIS existe una relación de correspondencia necesaria entre el monto de los recursos y el valor de las pensiones, de manera que, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, la existencia misma de la prestación y su valor están definidos, estrictamente, en función del capital ahorrado (Ver CSJ SL1059-2018)."

3.3. Del caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, no fue motivo de discusión en esta instancia que: **i)** El 08 de julio del 2011, actor solicitó ante Porvenir S.A., el reconocimiento de una pensión anticipada de vejez (fl. 14 a 17 archivo 14); **ii)** Mediante radicado 0204401021841000 del 18 de octubre de 2011, la AFP Porvenir S.A. comunicó al señor Jaime Alberto Gaona que su pensión de vejez anticipada se encontraba próxima a ser reconocida y por ello se requería de su autorización antes del 20 del mismo mes y año, para llevar a cabo la negociación de su bono pensional (fls. 7 del archivo 02 y 23 del archivo 14), autorización que extendió el 19 del mismo mes y año (fl. 30 – 31 archivo 14); **iii)** el 21 de diciembre de 2011, mediante radicado No. 0200001089298700, Porvenir S.A. le comunica al accionante, la aprobación de su solicitud pensional, indicándole que, para el año 2011 su mesada pensional ascendería a la suma de \$1.450.000 (fl. 8- archivo 02 y 21-22 archivo 14); **iv)** El 03 de octubre de 2012, Porvenir S.A. puso a consideración del demandante una cotización respecto de la contratación de la renta vitalicia (fl. 10-11 archivo 02); **v)** Mediante oficio radicado en Porvenir S.A. el 08 de octubre de 2012, el demandante ratificó la contratación de renta vitalicia *“para que la compañía de Seguros Global Seguros administre mi pensión desde el mes de octubre de 2012 en adelante, con una mesada de \$1.416.752”* (fl. 12 archivo 02 y 19 archivo 14); **vi)** El 18 de octubre de 2012, Porvenir S.A. le comunica al actor la contratación de la renta vitalicia con la compañía Global Seguros de Vida S.A. (fl. 13 archivo 02 y 18 archivo 14); **vii)** A través de oficio de fecha 16 de octubre de 2012, Global Seguros de Vida S.A. le comunica al actor las características de la póliza contratada,

entre ellas el valor de su mesada pensional, esto es \$1.417.410, el reajuste anual, la fecha de iniciación de la póliza, 01 de octubre de 2012, entre otras (fl. 14 a 17 archivo 02 y 22 a 25 archivo 09); **viii)** El 15 de febrero y 13 de junio de 2018, el demandante radica ante Porvenir S.A., solicitud de reliquidación de la pensión de vejez anticipada (fls. 18 a 21 archivo 02), petición que fue contestada el 26 de junio del mismo año, en forma negativa (fls. 25 a 29 archivo 14).

Así, y teniendo en cuenta que, en el caso de la prestación por vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, existe una relación de incidencia necesaria entre el monto de los recursos y el valor de la pensión, al autofinanciarse con los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, procede esta Sala a efectuar las operaciones aritméticas de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador, a efectos de establecer el monto de la pensión que, para el año 2012 debería corresponder al actor y si esta guarda correspondencia con la prestación a él reconocida, encontrando que, para ese año, teniendo en cuenta el valor de la prima única que señala Global Seguros de Vida S.A.¹, la mesada pensional del actor correspondería a la suma de **\$1.432.568**.

Monto Mensual de Pensión en Renta Vitalicia

Mesada Pensional Renta Vitalicia	
<i>Valor Prima única a 01-10-2012</i>	\$ 391.074.122
<i>Fecha nacimiento pensionado</i>	15/01/1956
<i>Esperanza de vida pensionado según Res 1555/2010 (edad a 2012, 56 años)</i>	26,2
<i>Fecha nacimiento cónyuge beneficiaria</i>	4/11/1961
<i>Esperanza de vida cónyuge beneficiaria según Res.1155/2010 (edad a 2012, 51 años)</i>	35,2
<i>SMMLV 2012</i>	\$ 566.700
Mesada pensional 2012	\$ 1.432.568

De lo anterior, se evidencia que si bien existe una leve diferencia entre la pensión reconocida por la aseguradora y la aquí liquidada, no necesariamente implica que se imparta condena en contra de las

¹ En el documento obrante a folios 16 del archivo 02 y 25 del archivo 09

demandadas, por cuanto al momento de efectuar la liquidación con ayuda del Grupo Liquidar, se pudo eventualmente desconocer algún saldo o descuento que efectuó la AFP o la aseguradora al momento de calcular el monto de la pensión y que no fueron señalados dentro del plenario, adicionalmente, no obra documento alguno que demuestre el valor del saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante para el año 2012, por lo que solo tuvo en cuenta los valores que se demostraron con las documentales allegadas, más cuando no fue demostrado que, a la cuenta de ahorro individual del señor Gaona hubiere ingresado suma de dinero adicional que acreciente el capital con el que se financia su pensión de vejez.

De otra parte, de los argumentos esbozados por el actor en su demanda, señala que el valor del bono pensional reconocido y pagado *“debe ser muy superior al que se reconoció y pagó, por lo que debe darse trámite a la nueva reliquidación del bono pensional”*², punto frente al cual, pertinente resulta recordar que, el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 regula las circunstancias en las que procede la redención del bono pensional tipo A, como es el caso del actor, norma que establece:

ARTICULO 11. REDENCION DEL BONO PENSIONAL. El bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional.
- 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia.
- 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Así mismo, el artículo 12 del Decreto citado, establece la posibilidad de negociación del bono pensional en el mercado secundario de valores, para efectos de obtener una pensión anticipada de vejez, siempre y cuando medie la autorización expresa y por escrito del afiliado (CSJ SL4305-2018). La norma en comento señala:

² Folio 6 archivo 01.

ARTICULO 12. NEGOCIABILIDAD DEL BONO PENSIONAL. Los bonos pensionales solo serán negociables por las entidades administradoras o aseguradoras en el mercado secundario, por cuenta del afiliado en favor de quien se haya expedido, cuando éste se pensione antes de la fecha de redención del bono y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión. Para tal efecto se requerirá la autorización expresa y por escrito del afiliado.

Al punto, pertinente resulta recordar, en el caso de la negociación del bono pensional que *“mientras más años se cuenten hacia atrás a partir de la redención normal del bono, mayor es su descuento al venderlo, de modo que esto puede disminuir el valor de la mesada pensional al realizar el cálculo correspondiente. (...) y que solo al momento de su negociación podía precisarse con certeza su valor e ingresar efectivamente en la cuenta de ahorro individual con el objetivo de financiar una pensión anticipada de vejez, dato que también era necesario establecerlo para determinar el valor de la pensión anticipada de vejez.”* (CSJ SL 2188 de 2021 Rad. 69512)

Así las cosas, en el caso del actor la data de redención normal de su bono pensional resultaba ser la fecha en la que cumplía los 62 años de edad, sin embargo, autorizó una negociación del mismo a sus 55 años de edad, con lo que el valor de este no sería el mismo de haberse redimido 7 años después, esto es cuando tuviera 62 años de edad, razón por la cual, no hay lugar a reliquidación alguna del bono pensional.

Por lo expuesto, ha de CONFIRMARSE la sentencia consultada.

4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 030 2020 00184 01

Demandante: JAIME ALBERTO GAONA

Demandado: PORVENIR S.A. Y OTRA

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia consultada, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

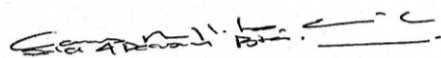
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ RADICADO: 110013105030202018401 DEMANDANTE : JAIME GAONA DEMANDADO:			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Determinar la mesada pensional en la modalidad de retiro programado			

Monto Mensual de Pension en Renta Vitalicia

Mesada Pensional Renta Vitalicia	
Valor Prima Unica a 01-10-2012	\$ 391.074.122
Fecha nacimiento pensionado	15/01/1956
Esperanza de vida pensionado según Res 1555/2010 (edad a	26,2
Fecha nacimiento Conyuge	4/11/1961
beneficiaria según Res.1155/2010 (edad a 2012, 51 años)	35,2
SMMLV 2012	\$ 566.700
Mesada pensional 2012	<u>\$ 1.432.568</u>

Fuente	
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

miércoles, 15 de noviembre de 2023

Recibe:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2018 00632 01.

Demandante: ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de agosto de 2023, en proceso ordinario laboral que **ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS) el día 30 de agosto de 1995, a través de la AFP Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante; y a esta última a reactivar la afiliación.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 52 a 79 archivo 01 y carpeta 02), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 93 a 148 archivo 01), se opuso a las pretensiones contra ella incoadas y, en su defensa, presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

PORVENIR S.A. (fls. 173 a archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo.

Finalmente, **SKANDIA S.A.**¹ (archivo 16), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y, presentó como excepciones de mérito, entre otras, las de prescripción de la acción y prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, gastos de administración.

2.3. Llamamiento en garantía.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, presentando como excepciones de fondo, entre otras la de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (archivo 26).

¹ Atendiendo su vinculación, conforme providencias visibles a folios 51 a 64 del archivo 12 y el archivo 13.

2.4. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN de ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS identificada con C.C. No. 30.292.965 de Manizales, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO, luego HORIZONTE, hoy AFP PORVENIR S.A., y con esto la afiliación realizada el 30 de agosto de 1995, efectiva a partir del 1 de octubre de 1995.

SEGUNDO. DECLARAR que la Sra. ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

TERCERO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la Sra. ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos.

CUARTO. ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a realizar el traslado de todos los dineros existentes por concepto de comisiones y gastos de administración que se generaron durante todo el tiempo de la afiliación al RAIS, por ser la entidad responsable del traslado de régimen conforme las consideraciones de la sentencia.

QUINTO. CONDENAR a PORVENIRS.A., OLDMUTUAL- SKANDIA Y PROTECCION, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO. CONMIMAR a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones previamente referidos.

SÉPTIMO. ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como REACTIVAR la afiliación de la Sra. ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS y consolidar su historia laboral.

OCTAVO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO. ABSOLVER A MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA. Acorde a las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO. COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas, las agencias en derecho se tasan así: AFP PORVENIR S.A. (4 SMLMV), SKANDIA (1 SMLMV), PROTECCIÓN (2 SMLMV) Y COLPENSIONES (1 SMLMV), en favor de la demandante.

DÉCIMO PRIMERO. Si esta providencia no es apelada por parte de COLPENSIONES, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.

2.5. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. expuso que en este caso concreto, mes y medio antes de entrar en la prohibición legal de traslado, a la demandante se le realizó una reasesoría, en donde se le informó el posible monto de la mesada pensional, dejando claro que el valor de la pensión en el RPM era superior al del RAIS, optando la demandante por continuar afiliada a este último.

Adujo que la accionante, como consumidora financiera, debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía obtener por lo menos una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando y que el actuar de Porvenir S.A. siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se efectuaron conforme los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen.

Indicó que, de ser declarado ineficaz el acto de traslado, el efecto natural de esta declaratoria implica que los recursos que se trasladen, como los rendimientos deben corresponder a los que se generarían en las reservas de Colpensiones y, en caso contrario, por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica la ineficacia deberán reconocerse los gastos en los que incurrió Porvenir S.A. para poder administrar el pago de dichos aportes, los que corresponden a los gastos de administración y las primas de seguros previsionales.

Expuso que esa AFP ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos en los artículos 2304 y 2310 del Código Civil,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2018 00632 01.

Demandante: ALBA LUCIA GALLEG0 ARIAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

en cuanto, creyendo administrar sus propios negocios, administró los de otros y luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes de haber sido gestionados por Colpensiones, lo que debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo que se traduce en que solo debe estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad.

Indicó que, no resulta procedente el pago o devolución de las primas de seguros previsionales, por cuanto ya no se encuentran en su poder sino en el de las compañías aseguradoras que contrató para el pago de la cobertura de las mismas, así mismo, resulta improcedente la devolución de los gastos de administración, pues el traslado de recursos entre regímenes debe sujetarse a la norma específicamente prevista para ello que es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Solicitó revocar la decisión relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta, ya que se dispuso la devolución de los rendimientos y el capital que se encontrare en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ello como quiera que con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

En cuanto a las agencias en derecho, señaló que, desestimada la ineficacia del traslado y la consecuencia de la devolución de los valores a los que fue condenada esa AFP, en consecuencia, deberá desestimarse la condena en costas.

Por su parte, **SKANDIA S.A.** indicó que, si bien es cierto se debía exigir el deber de información al momento del traslado, pero no es menos cierto que los regímenes pensionales se encuentran creados por disposición legal y allí se contemplan todas las normas que lo regulan, aunado a ello, la ley permite, en virtud de la libre escogencia, que la demandante se trasladara entre regímenes pensionales y luego entre AFP del RAIS.

Adujo que los descuentos por concepto de gastos de administración y seguros previsionales se encuentran debidamente autorizados por la ley y enfatizó en la correcta administración de los recursos de la demandante, lo que le generó unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual, además, los valores descontados por seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima ya no se encuentran en su poder, al haber sido destinados a unos terceros.

Dijo que, Skandia, en cumplimiento de un deber legal, realizó los aportes correspondientes a las primas de seguros previsionales a favor de la aseguradora Mapfre a partir del 01 de enero del 2007 hasta el 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta que esa AFP trasladó a Mapfre, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes los conceptos de primas para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte de sus afiliados, con lo que no cuenta con dichos dineros dentro de su patrimonio, por lo que debe condenarse Mapfre a pagar el porcentaje de los seguros previsionales.

Finalmente, **COLPENSIONES**, manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal por edad; que la obligación por parte de las AFP de emitir herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el Decreto 2071 del 2015, esto es, con posterioridad al traslado de la demandante.

Solicitó desestimar la condena en costas impuesta ya que esa entidad no vulneró los derechos de la parte demandante.

2.6. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de septiembre de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y por Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2018 00632 01.

Demandante: ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la extinta A.F.P. INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO hoy PORVENIR S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2018 00632 01.

Demandante: ALBA LUCIA GALLEG0 ARIAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 19 de enero de 1990 presenta aportes en tal régimen (fl. 71 archivo 01); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora A.F.P. INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO hoy PORVENIR S.A., el 30 de agosto de 1998 (fl. 27 y 199 archivo 01) y posteriormente realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: 1) a la AFP SKANDIA S.A. el 24 de mayo de 2005 (fls. 34 y 64 archivo 13) y 2) a PROTECCIÓN S.A. el 29 de agosto de 2016 (fl 219-220 archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el

momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 27 y 199 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de agosto de 1995 con la A.F.P. INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Por ello, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Gallego Arias se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de agosto de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue

acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

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

En cuanto a la *reasesoría* que menciona Porvenir S.A. en su recurso, conforme la amplia y pacífica jurisprudencia aquí reseñada, la *reasesoría* no logra los efectos anhelados con la apelación, teniendo en cuenta que el

deber de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Ahora, respecto de lo reseñado por las recurrentes, referente a que la demandante como afiliada y consumidora financiera también tiene obligaciones, y que la creación de los regímenes pensionales es legal, encontrándose allí sus condiciones y características, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle a la afiliada la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

En lo que refiere a las restituciones mutuas, tema expuesto por Porvenir S.A. en su recurso, ha de señalarse que, en sentencia CSJ SL2877 -2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

“(...) a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Asimismo, en lo que atañe a la solicitud elevada por Skandia S.A. respecto de condenar a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. a la devolución de seguros previsionales, ha de señalarse que al plenario fueron allegadas las pólizas visibles a folios 24 a 33 del archivo 26 del expediente digital, cuyo tomador es Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. con un tipo de contrato por Seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, por ello, se hace necesario traer a colación el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, el cual indica que *“los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación”*, lo que implica que la póliza referida sólo se activa para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que Mapfre no tiene la obligación de cubrir condena alguna procedente de esta litis, además, la jurisprudencia pacífica

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2018 00632 01.

Demandante: ALBA LUCIA GALLEG0 ARIAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las AFP del RAIS, razón por la que no hay lugar a acceder a dicho pedimento.

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

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

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

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

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que esta sea improcedente, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a estas.

De otro lado, respecto al argumento esbozado por Porvenir S.A. referente a su actuación como agente oficioso involuntario, debe señalarse que si bien la agencia oficiosa es entendida como un contrato mediante el cual una persona que se denomina agente oficioso o gerente administra sin que medie un contrato de mandato los negocios de una persona respecto a la cual se obliga y la obliga en ciertos casos (artículo 2304 del Código Civil), también es claro que el artículo 2306 ibid., que el agente debe emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia y si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sería responsable por dolo o culpa grave.

Por ello, no es de recibo el argumento de la recurrente cuando afirma que si se declara la ineficacia de la afiliación, terminaría reintegrando

rendimientos financieros superiores a los que hubiese podido obtener los aportes de la demandante de haber sido gestionados en el RPM, pues como se dijo en líneas anteriores, el reintegro de los rendimientos financieros que ordenó el *a quo* en su sentencia, son solo los que percibió mientras administró los recursos de la cuenta individual del actor, actuando bajo el mandato dado por este; y que si bien los recibirá Colpensiones, no se podría predicar que se está atentando contra la figura de la agencia oficiosa, pues solo se le obliga a reintegrar lo percibido, como dicta el precedente jurisprudencial referenciado en líneas anteriores.

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

Recordando que, conforme lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, la liquidación y monto de las agencias en derecho “*sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”, con lo que este no es el momento procesal oportuno para controvertir las mismas.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2018 00632 01.

Demandante: ALBA LUCIA GALLEGO ARIAS.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

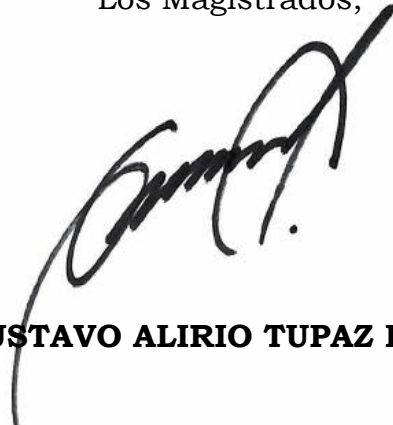
R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia

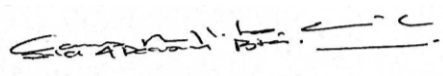
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de mayo de 2023, en proceso ordinario laboral que **NANCY LUGO DÍAZ** adelanta contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

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

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización y demás dineros por ella aportados durante el tiempo que ha estado afiliada al RAIS; y a esta última, a aceptarla como su afiliada sin solución de continuidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 12), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante NANCY LUGO DIAZ, del 19 de septiembre de 1996, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante NANCY LUGO DIAZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de cuotas de administración y primas de seguro.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la demandante NANCY LUGO DIAZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante e Superior en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

2.4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A. por cuanto no existió injerencia alguna por parte de Colpensiones para que la demandante tomara la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y en ningún momento se acercó a las instalaciones de Colpensiones para asesorarse respecto de la decisión que había tomado, razón por la cual no es la administradora que debe asumir las consecuencias por la supuesta falta de información por parte del fondo privado.

Precisó que, para el año de 1996 la demandante no se encontraba inmersa en ninguna prohibición para efectuar el traslado de régimen, máxime cuando era su derecho la escogencia del régimen pensional conforme la Ley 100 de 1993.

Adujo que, han sido aproximadamente 26 años en los que Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante ni ha cobrado gastos de administración, lo que va en detrimento patrimonial de esta administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso de que la demandante retorne a Colpensiones, así como descapitalizaría el sistema pensional.

Indicó que la declaratoria de ineficacia, a futuro, lleva implícito el reconocimiento de la prestación por parte de Colpensiones, lo que perjudica los intereses de esta administradora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Solicitó que, en caso de no acogerse sus argumentos, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de esa entidad, previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de Porvenir S.A., ya que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto Porvenir S.A. reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en las respectivas bases de datos.

Finalmente, solicitó no se le condene en costas, pues Colpensiones no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero de buena fe al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a esta entidad.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes, para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de julio de 1984 presenta aportes en tal régimen (fl. 37 archivo 02 y fl. 69 archivo 11), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 19 de septiembre de 1996 (fl. 54 archivo 02 y fl. 86 archivo 12).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una

responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 54 del archivo 02 y 86 del archivo 12, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de septiembre de 1996 con la A.F.P.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Lugo Díaz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de septiembre de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

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

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

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

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los

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

perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

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

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

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

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

² Ibídem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

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

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

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

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

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 034 2021 00098 01.

Demandante: NANCY LUGO DÍAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

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

Finalmente, y, respecto de las costas frente a las cuales Colpensiones solicitó su absolución, se evidencia que dicha entidad no fue condenada a pago alguno por tal concepto.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

- 1.1. Que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, **también deberá devolver los dineros**

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

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

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

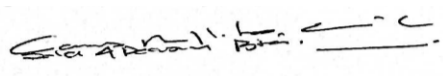
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado por **NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ**, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LA RECURRENTE** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 01 de julio del 2000, del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; y a esta última a recibirla como afiliada sin solución de continuidad y a corregir y actualizar su historia laboral.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción para solicitar la nulidad del traslado.

2.3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Como sustento de su decisión, en síntesis, señaló que, en este caso no se cumplen los presupuestos para declarar una eventual ineficacia de la afiliación, como quiera que la demandante, en su interrogatorio de parte, confesó que en su proceso de afiliación a Colfondos S.A., no medió la participación de promotores de dicha AFP, sino que la misma se dio con ocasión de la suscripción de un formulario de afiliación de esa administradora, pero con participación de personal de la empresa en la cual estaba siendo vinculada y en tal contexto dijo no haber sido forzada o constreñida para su firma.

Adujo que, en este caso, no se puede dar aplicación a los precedentes jurisprudenciales señalados en la demanda, ya que estos apuntan a declaratorias de ineficacia desde un marco fáctico en donde intervienen promotores de la AFP en la afiliación de la persona que aspira a la respectiva ineficacia y en el presente asunto, no podría predicarse omisión en el deber de información por parte de los promotores de Colfondos S.A., cuando no estaban presentes tal y como lo señaló la demandante en su interrogatorio de parte.

2.4. Argumentos de la Recurrente.

La parte **DEMANDANTE** señaló que en el plenario obra formulario de vinculación emitido por Colfondos S.A. y la consulta SIAFP, los cuales dan cuenta que efectivamente la demandante se afilió a esa AFP el 05 de mayo del año 2000, luego independientemente de que existiera asesor al momento de la vinculación o de la firma o suscripción del formulario, lo cierto es que, quien tramitó esa afiliación ante Asofondos, que es la entidad encargada de acoger a todos los fondos privados de pensiones y de avalar los traslados de régimen, fue Colfondos S.A., no pudo ser la demandante ni el empleador y prueba de ello es que ha recibido los aportes de la actora durante más de 22 años, sin que se encuentre en discusión que ella se encuentra válidamente afiliada a Colfondos S.A., lo que da al traste la tesis del despacho referente a la presencia de un asesor del fondo privado de pensiones para que se pudiera aplicar el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en este caso específico, pues lo cierto es que el traslado se efectuó, siendo el fondo privado el que efectuó el trámite y lo correspondiente para la afiliación de la accionante y para que el traslado fuera aceptado.

Manifestó que, la jurisprudencia ha señalado que lo importante en este tipo de procesos es la información que se brindó al momento del traslado por parte del fondo privado y en este caso no hay medio de convicción ni prueba alguna de que el fondo privado haya cumplido con la obligación del deber de información y también se echa de menos el cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, esto es la entrega a la afiliada, al momento de su vinculación, del reglamento que contuviera sus derechos y deberes, un plan de pensiones, tampoco se le habló del derecho de retracto, no se le informó sobre las modalidades de pensión existentes en el RAIS y tampoco se cumplió con lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, al no entregársele información objetiva que le permitiera elegir cuál era la mejor opción de acuerdo al deber de información exigido en aquel momento.

Concluyó indicando que el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia puede ser aplicado en este caso particular,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

por cuanto no existe prueba alguna que demuestre que se cumplió por parte del fondo privado con el deber de información, siendo más grave aun que se activen afiliaciones de trabajadores sin que medie esa asesoría, que fue lo que se demostró con el interrogatorio de parte de la accionante.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y la demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En primer lugar ¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la extinta AFP COLFONDOS S.A.?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 23 de julio de 1992 presenta aportes en tal régimen (fl. 47 archivo 06), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora AFP COLFONDOS S.A. el 08 de mayo del 2000 (fl. 16 a 19 archivo 07).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 18 del archivo 07, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08 de mayo de 2000 con la A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Dicha omisión, tampoco puede subsanarse con lo manifestado por la accionante en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las ventajas y desventajas, así como características de los regímenes pensionales, máxime cuando, se itera, cuando se alega la ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el pluricitado deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, en este caso Colfondos S.A., entidad que no demostró el cumplimiento de tal deber, máxime cuando no existe tarifa legal de prueba, lo que le permitía valerse de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación para demostrar el cumplimiento del deber de información, situación que se reitera, no aconteció en este caso.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Rodríguez Ramírez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (08 de mayo del 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual, se itera, no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados y, contrario a lo argüido por el *a quo* en la sentencia apelada, como se expone en esta providencia, es claro que desde el nacimiento de los fondos privados de pensiones ha existido el tan citado deber de información por parte de los fondos privados de pensiones del RAIS, de ahí que, no solo se trata de suministrar un formulario de afiliación para su suscripción, sino que es deber de la AFP garantizar que se suministró al potencial afiliado la información necesaria que le permita tomar la decisión de traslado de régimen, argumentos estos que conllevan a **REVOCAR** el fallo de primera instancia.

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia apelada** a fin de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Nancy Rodríguez Ramírez a la A.F.P Colfondos S.A. el 08 de mayo del 2000; en consecuencia, se **ORDENARÁ** a Colfondos S.A., fondo en el que se encuentra afiliada actualmente, devolver a Colpensiones la totalidad de los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora Rodríguez Ramírez, incluyendo los aportes, rendimientos generados, bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales, rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

Finalmente, en lo que respecta a las costas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. habrá de imponerse tal concepto a las demandadas.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia apelada a fin de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Nancy Rodríguez Ramírez a la A.F.P Colfondos S.A. el 08 de mayo del 2000, atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. – **ORDENAR** a:

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00352 01.

Demandante: NANCY RODRÍGUEZ RAMÍREZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA.

TERCERO. - CONDENAR en costas de primera instancia a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A.

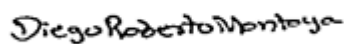
CUARTO. - Sin costas en esta instancia

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

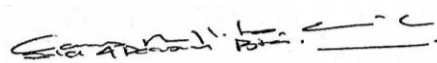
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ** adelanta contra las **RECURRENTES**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de la ineficacia y nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, esto es, aportes obligatorios y voluntarios, bono pensional, comisiones de administración y rendimientos, así como el pago de los perjuicios morales y materiales sufridos; y a esta última a tenerla como su afiliada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

Así mismo, solicita se condene a la indexación sobre los valores determinados.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 05), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

2.3. Providencia Recurrída.

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

PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por MARIA CECILIA DIAZ DIAZ con destino a la AFP HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A con ocasión de suscripción de formulario de afiliación del 28 de mayo de 2002. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES a la demandante, así como los recursos recibidos en el RAIS por cuenta de la incoante de la acción, durante el tiempo que permaneció vinculada a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos integralmente recibidos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.
Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos respectivo y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer por PORVENIR tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A sin lugar a descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas

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

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

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que la buena fe se presume, lo que le impone al demandante como carga procesal, el desvirtuar la buena fe con la que actuó el fondo privado al momento de su afiliación.

Indicó que existen obligaciones recíprocas a cargos de las partes y en tal sentido la accionante también tenía obligaciones para con la AFP, máxime cuando, como consumidora financiera le asisten unos deberes como el de informarse.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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

Finalmente, **PORVENIR S.A.** dijo que, para el año 2002, fecha del traslado de la demandante, no se le podía exigir a esa AFP brindar a los afiliados una información en los términos reclamados en la demanda, ello como quiera que, con el interrogatorio de parte rendido en audiencia, acredita haber cumplido con las cargas y deberes en materia de información que le eran aplicables para el momento del traslado, además que la accionante confiesa en su interrogatorio de parte conocer características del RAIS explicadas en la asesoría grupal que le fue brindada.

Manifestó que, resulta inequitativo con ese fondo el ordenar la devolución de los gastos de administración, pues lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo que la accionante estuvo vinculada a esa AFP y cuya diligencia fue el origen de los rendimientos financieros a ella generados, además de que en el RPM también se destina un porcentaje de los aportes a cubrir gastos de administración y seguros previsionales de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y este concepto no está llamado a financiar la pensión de vejez.

En cuanto a la devolución del dinero descontado por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia, indicó que el mismo ya fue trasladado a las aseguradoras contratadas en su momento y con las cuales la demandante tuvo cobertura durante toda su afiliación frente a los eventuales riesgos de invalidez y muerte, con lo que se tiene que estas sumas cumplieron la finalidad establecida en la Ley, por lo que no resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

En caso de confirmarse la sentencia, solicitó revocar la condena respecto de la indexación de los valores objeto de condena, ello como quiera que Porvenir S.A. generó los respectivos rendimientos financieros que le generaron a la demandante el 55% del dinero que se encuentra en su cuenta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

de ahorro individual, por lo que, cualquier tipo de depreciación o de pérdida del poder adquisitivo de la moneda fue cubierto con esos rendimientos y el ordenar la indexación estaría generando una doble condena por un mismo concepto.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandadas para reafirmar sus argumentos.

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En primer lugar ¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de septiembre de 1987 presenta aportes en tal régimen (fl. 42 archivo 01 y 49 archivo 04), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 28 de mayo de 2002 (fl. 37 archivo 05).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 37 del archivo 05, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de mayo de 2002 con la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de*

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”; omisión que tampoco puede subsanarse con lo manifestado por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión, como lo indica Porvenir S.A. en su recurso.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Díaz Díaz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de mayo de 2002) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Así mismo, respecto de argumento presentado por la mentada demandada, referente a que la accionante, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

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

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

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

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

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Porvenir S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia apelada a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2021 00167 01.

Demandante: MARÍA CECILIA DIAZ DIAZ.

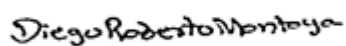
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

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

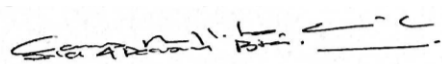
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2022 00111 01.

Demandante: **DORA ALBA SANDOVAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **DORA ALBA SANDOVAL RODRIGUEZ** adelanta contra las **PROTECCIÓN S.A. y las RECURRENTES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., efectuado en el año 1999.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos causados; y a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2022 00111 01.

Demandante: **DORA ALBA SANDOVAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

esta última a recibir dichos dineros y tenerlos en cuenta como tiempos cotizados.

Así mismo, se condene a Protección S.A. al pago de los perjuicios morales.

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

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 09), presentó oposición a las pretensiones de la acción y en su defensa presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

En cuanto a **COLFONDOS S.A.**, mediante auto del 24 de enero del 2023 (archivo 10), se tuvo por no contestada la demanda por esta AFP.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por DORA ALBA SANDOVAL RODRÍGUEZ con destino a PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A. con ocasión de suscripción de formulario de afiliación del 02 de agosto de 1999. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación de la demandante en el RPMPD administrado por COLPENSIONES y a reembolsarle a este RPMPD los recursos sufragados

Demandante: **DORA ALBA SANDOVAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

por cuenta de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo que permaneció vinculada a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos integralmente recibidos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos respectivo y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a recursos propios de las AFP COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A., en proporción al tiempo en que la accionante ha estado vinculada o afiliada a estas administradoras sin lugar a descuento alguno. Lo anterior, en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional.

TERCERO: ABSOLVER a la AFP PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento de INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES, lo anterior por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución producida, el Despacho considera que no hay lugar a declarar probado algún medio exceptivo-

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de la demandante. Sin costas a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A.

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

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLFONDOS S.A. señaló que, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia no deben devolverse los aportes más los gastos de administración, pues en tal sentido se estaría causando un perjuicio a esa AFP, ya que no existe razón jurídica para ordenar la devolución de los gastos de administración, máxime cuando la afiliación de la actora supera los 20 años de cotización en el RAIS y mientras ello sucedió, se produjeron efectos jurídicos válidos y en razón a dicha validez se originaron esos gastos de administración, además, esa AFP cumplió con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante y fue gracias a esto que se produjeron unos rendimientos en su cuenta individual.

Manifestó que, de una lectura del Decreto 2555 de 2010, los gastos de administración tienen una destinación específica y no destina la pensión de vejez de la demandante.

En cuanto a los seguros previsionales, indicó que la póliza ya fue sufragada a las compañías aseguradoras, cumpliendo con el deber contractual de mantener la cobertura y por ello no es viable el traslado de dichos recursos.

En cuanto a la orden de trasladar los valores debidamente indexados, señaló que no es viable su devolución, por cuanto ya se está ordenando a las AFP demandadas la devolución de todos los recursos percibidos, provenientes de cotización realizada por la actora con los cuales se suplen ampliamente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Finalmente, **COLPENSIONES** indicó que, la buena fe se presume, lo que le impone al demandante como carga procesal, el desvirtuar la buena fe con la que actuó el fondo privado al momento de su afiliación.

Adujo que existen obligaciones recíprocas a cargos de las partes y en tal sentido la accionante también tenía obligaciones para con la AFP, máxime cuando, como consumidora financiera le asisten unos deberes como el de informarse.

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

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante y la demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En primer lugar ¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la extinta AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de febrero de 1990 presenta aportes en tal régimen (fl. 169 archivo 01 y 55 archivo 07), se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la otrora AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 02 de agosto de 1999 (fl. 30 archivo 09) y posteriormente efectuó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a COLFONDOS S.A. el 22 de octubre de 2001 (fl. 40 archivo 18).

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

el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 30 del archivo 09, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 02 de agosto de 1999 con la A.F.P. DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos*

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Sandoval Rodríguez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (02 de agosto de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o documentar la asesoría brindada, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

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

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

Así mismo, respecto de argumento presentado por Colpensiones, referente a que la accionante, como consumidora financiera tenía unos

deberes, entre ellos el de informarse y/o asesorarse, si bien esto resulta cierto, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

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

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

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

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver

COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, en el sentido de **ADICIONAR** que **PROTECCIÓN S.A.,** además de devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

En cuanto a la indexación de los mentados conceptos, no se considera que con ella se imponga un doble pago, como lo aduce Colfondos S.A. en su recurso, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, iterando, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, siendo la A.F.P. quien tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta.

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

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2022 00111 01.

Demandante: **DORA ALBA SANDOVAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

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

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

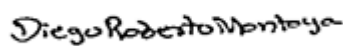
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

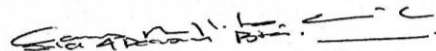
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00488 01

Demandante: ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA

Demandado: UGPP

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a su favor, contra la sentencia que el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA** adelanta contra la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne el demandante pretende de la demandada el reconocimiento y pago de la mesada 14 sobre la pensión de jubilación convencional reconocida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a partir del 29 de agosto de 2005, fecha en la que cumplió 55 años, con lo que deprecó el pago del correspondiente retroactivo y la aplicación de la indexación a cada mesada pensional adeudada.

Edificó sus pretensiones en los siguientes hechos: **1)** Nació el 29 de agosto de 1950, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes del año 2005; **2)** Prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero como trabajador oficial por más de 20 años a la fecha de retiro, 27 de junio de 1999, habiendo laborado en total 22 años y 124 días; **3)** Por ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajadores 1998-1999, solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional; **4)** Mediante Resolución No. 4619 del 27 de junio de 2006, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero le reconoce la pensión de jubilación convencional; **5)** Por medio de Resolución RDP 012718 del 22 de abril del 2014, se indexa la primera mesada pensional, asignándola en la suma de \$1.931.489,40, efectiva a partir del 01 de marzo del 2009; **6)** Desde el reconocimiento de su pensión de jubilación no disfruta del beneficio de la mesada 14; **7)** Mediante escrito radicado ante la UGPP bajo el número 2021200502206362, solicita el reconocimiento y pago de la mesada 14; **8)** La UGPP, mediante escrito del 04 de octubre de 2021, radicado bajo el número 20210042002768471 le indica que no hay lugar al pago de la mesada 14, pues la pensión convencional reconocida es superior a 3 SMLMV para el año de la efectividad, es decir el año 2009.

2.2. Respuesta a la demanda

Notificada en debida forma, la **UGPP** (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la acción, presentando en su defensa, entre otras, la excepción de prescripción.

En síntesis, precisó que el Acto Legislativo 01 del 2005 comenzó a regir el 25 de julio del 2005 y que, conforme el mismo, las personas que no hubiesen causado el derecho a pensionarse para esa fecha, ya no podrían obtener el beneficio de recibir más de 13 mesadas de pensión, lo que significa que cualquier disposición legal, convencional o contractual que contradiga esta disposición queda sin vigencia.

Indicó que, el demandante, para el 25 de julio del 2005, solamente contaba con uno de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación convencional, esto es haber prestado 20 años de servicios a la Caja de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00488 01

Demandante: ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA

Demandado: UGPP

Crédito Agrario, Industrial y Minero, pues para esa data contaba con 54 años de edad, por lo que, al no contar con la edad requerida para pensionarse, no tenía un derecho adquirido y no era beneficiario para obtener 14 mesadas al momento de pensionarse, adicionalmente, la mesada pensional percibida por el actor supera los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, razón por la que tampoco es beneficiario de la excepción establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, a pesar de haber cumplido los 55 años antes del 31 de julio de 2011.

2.3. Providencia recurrida

La **A quo** dictó sentencia, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el señor ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 de la pensión de jubilación convencional, reconocida a la luz del parágrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de 1998 – 1999, teniendo en cuenta las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN y no probadas las demás, propuestas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, atendiendo las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a reconocer y pagar al señor ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA el retroactivo de la mesada 14, causadas desde 2019, teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción que prosperó parcialmente, concepto que, a junio de 2022, corresponde a la suma de \$14.513.811, valor que deberá ser indexado y actualizado al momento en que se efectúe el pago.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$580.552,44 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

Para llegar a tal determinación, en síntesis, aseveró que, la línea jurisprudencial expuesta por la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica, en casos análogos en los que particularmente se ha interpretado el parágrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de 1998 a 1999, colige que el único requisito necesario para la estructuración del derecho es la acreditación de 20 años de servicio a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ya que el cumplimiento de la edad constituye una condición propia de la exigibilidad o goce de la prestación, como lo ha expuesto, entre otras, en sentencias SL 526 de 2018, SL 1098 de 2019, SL 2430 de 2020 y SL 101 de 2021.

Para el caso concreto señaló que, para el 31 de julio del 2010 fecha en la que, conforme el parágrafo 3 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las pensiones contenidas en convenciones colectivas de trabajo, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido, esto es el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que solamente tenía pendiente el cumplimiento de la edad, ello únicamente para efectos de exigibilidad o goce de la pensión en comento, a lo cual arribó el 25 de agosto de 2005, de manera que el demandante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación convencional el 27 de junio de 1999, fecha en la que se retiró de la demandada cumpliendo 20 años de servicios, con lo que es beneficiario de la mesada adicional de junio, reiterando que los únicos requisitos para causar la pensión de jubilación pensional en comento son el tiempo de servicios y el retiro del servicio, los cuales se cumplieron con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005; así mismo, ordenó la indexación de las mesadas para garantizar el poder adquisitivo de la moneda.

Frente a la excepción de prescripción, argumentó que el accionante radicó por primera vez solicitud de reconocimiento y pago de la mesada 14, el 20 de septiembre de 2021, la cual fue resuelta por la UGPP mediante comunicación del 04 de octubre del mismo año y dado que la demanda se radico el 21 de octubre del 2021, se tiene que operó el fenómeno de prescripción sobre las mesadas 14 que se hicieron exigibles con anterioridad al 20 de septiembre de 2018.

2.4. Argumentos de la recurrente.

La **UGPP** señaló que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho a la mesada adicional de junio, denominada mesada 14, contemplada en el artículo 52 de dicha norma, se extendió a todos los pensionados sin importar la fecha en que se cause u otorgue la prestación, sin embargo, el inciso 8 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que *“las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo que perciban una pensión igual o inferior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio del 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año”*, de lo que se colige que a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es el 25 de julio del 2005, la mesada adicional de junio dejó de tener efectos jurídicos para los que adquirirían el estatus pensional, salvo en los casos de pensionados por vejez, invalidez y sobrevivientes que perciban una pensión igual o inferior a los 3 SMMLV y cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Manifestó que, el actor adquirió el estatus pensional el 29 de agosto de 2005, fecha para la cual ya había entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, pues su entrada en vigencia fue el 25 de julio de 2005, por lo que no era beneficiario de la mesada 14 adicional de junio y pese a que el mismo fue adquirido antes del 31 de julio del 2011 no es procedente la aplicación de la excepción regulada en el Acto Legislativo en mención, pues la pensión otorgada es superior a los 3 SMLMV.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso a correr el respectivo traslado para alegar, el cual fue utilizado por las partes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00488 01

Demandante: ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA

Demandado: UGPP

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

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento de la mesada adicional o 14 a favor del demandante, pese a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la mesada 14.

La mesada adicional o como se llama comúnmente la mesada 14, fue creada por la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 142 dispone:

“Artículo 142. Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Dicha norma fue objeto de una modificación conforme el inciso 8 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que *“las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año”,* entendiendo que la pensión se causa *“cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*.

3.2. Del caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que mediante Resolución No. DP 04619 del 27 de junio del 2006 (fls. 21 a 24 archivo 01 y archivo 19 carpeta 6.1), al actor le fue reconocida, por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, una pensión de jubilación convencional a partir del 29 de agosto del 2005, pensión que para el año 2006 correspondía a la suma de \$1.056.832,28.; así mismo, que a través de Resolución RDP 012718 del 22 de abril del 2014, le fue indexada la primera mesada pensional, elevando su cuantía a la suma de \$1.931.489,40, efectiva a partir del 01 de marzo del 2009 (fls. 26 a 35 archivo 01 y archivo RDP 012718.pdf carpeta 6.1).

Así las cosas, procede esta Sala de Decisión a verificar cuál es la fecha de causación de la pensión del actor, siendo necesario verificar la cláusula 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores Sintracreditario (fls. 43 a 106 archivo 01), por ser el fundamento del reconocimiento pensional del actor. Al respecto, la citada norma indica:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS.

A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00488 01

Demandante: ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA

Demandado: UGPP

derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se registrará de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se registrará por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se registrará por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución (...).

De la redacción de la norma, el entendimiento que se logra deducir, concretamente del párrafo 1º, es que los trabajadores que se retiren del servicio antes del cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, tienen derecho a la pensión de jubilación, siempre y cuando hayan cumplido 20 años de servicios.

Al respecto, es claro que el accionante prestó por más de 20 años sus servicios, puesto que, laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 24 de febrero de 1977 al 27 de junio de 1999, lo que equivale a

un total de 22 años y 124 días, conforme lo señalado en la mentada Resolución DP 04619 del 27 de junio del 2006, hecho que no fue objeto de controversia alguna.

Ahora bien, en lo que respecta al requisito del cumplimiento de la edad, ha sido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia quién ha establecido que resulta razonable el entendimiento que hizo la *a quo*, es decir, que la edad de 55 años es un requisito de disfrute y no de causación. Al punto, en sentencia, CSJ SL 2297-2021, se dijo:

“Sobre el alcance de dicha disposición convencional, debe señalarse que ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, como por ejemplo en la sentencia CSJ SL5030-2019, en donde se sostuvo, que la intelección de este artículo 41, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística consiste en que: *i)* se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; *ii)* que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y *iii)* que el disfrute o goce de la prestación se configura, cuando el ex trabajador arriba a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

En similar sentido, esta Corporación en la sentencia CSJ SL526-2018, puntualizó:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...] Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

[...] Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador". (Negrilla fuera de texto)

Por lo expuesto, se considera que le asiste razón a la juzgadora de primera instancia en el reconocimiento de la mesada catorce o adicional de la pensión de jubilación convencional a favor del señor Abad de Jesús Benjumea García, ya que su prestación quedó causada desde el momento en que acreditó 20 años de servicios y se retiró de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, el 27 de junio de 1999, esto es con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no se vio afectada por tal normatividad, recuérdese que el inciso 8° del acto legislativo en mención dispuso que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

En cuanto a la fecha de reconocimiento de la mesada 14, teniendo en cuenta que, conforme lo antes reseñado, la edad es un requisito para el disfrute de la prestación pensional, es a partir del momento en que el demandante cumple la edad de 55 años que resulta viable el disfrute de la misma junto con sus mesadas adicionales; por ello, como quiera que el actor alcanzó la edad de 55 años el 29 de agosto de 2005, pues nació el mismo día y mes del año 1950 (archivo 9 y 16 carpeta 6.1), hay lugar al reconocimiento de la mesada 14 a partir de la primera fecha en mención.

Sin embargo, como quiera que la UGPP propuso la excepción de prescripción, ha de recordarse que el artículo 151 del CPTSS dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00488 01

Demandante: ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA

Demandado: UGPP

el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el caso bajo estudio, se tiene que el actor presentó reclamación de reconocimiento de la mesada 14 el 20 de septiembre de 2021, la cual fue resuelta de manera negativa por la UGPP el 04 de octubre de la misma anualidad, mediante radicado No. 2021142002768471 (fl. 36 a 39 archivo 01); así las cosas, tal y como fue señalado por la *a quo*, aquellas mesadas causadas con anterioridad al 20 de septiembre del 2018 se vieron afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, en cuanto a la indexación deprecada, la Sala considera acertada su condena, dado que al momento en que se haga efectivo el pago de las correspondientes mesadas pensionales, su valor se podría verse sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada y consultada, por las razones aquí expuestas.

4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2021 00488 01

Demandante: ABAD DE JESÚS BENJUMEA GARCÍA

Demandado: UGPP

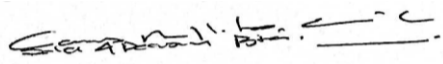
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2016-00507 -01.

Demandante: **MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN, SOLEDAD MOLANO RUÍZ, y CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** dentro del proceso ordinario laboral que la primera recurrente adelanta contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, a partir de la muerte de Jorge Eliecer Gómez y/o Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Jorge Eliecer Gómez falleció el 23 de julio de 1984; **2)** El señor Gómez se afilió al I.S.S. con el nombre de Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque; no obstante, mediante investigación adelantada por el I.S.S. se determinó que

el nombre real del causante era Jorge Eliecer Gómez; **3)** El causante con el nombre de Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque contrajo matrimonio con SOLEDAD MOLANO RUÍZ el 23 de agosto de 1970; unión de la que nació Janeth Soledad Lancheros Molano; **4)** El causante y la señora Molano convivieron hasta finales de 1971; **5)** El causante cambió su nombre a Jorge Eliecer Gómez; nombre con el que contrajo nupcias con este, el 11 de septiembre de 1976; matrimonio del que nacieron Luz Mireya, Jorge Eduardo y Giovanni Lancheros Casallas; **6)** El causante con el nombre de Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque gozaba de una pensión de invalidez; **7)** El 31 de agosto de 1984 en nombre propio y de sus hijos solicitó pensión de sobrevivientes; **8)** El 12 de octubre de 1984, CEILA DEL CARMÉN CÁRDENAS en su condición de madre e hijos de Jhon Fredy y Edith Gisela Lancheros Cárdenas solicitó pensión de sobrevivientes; **9)** El 05 de febrero de 1985, la señora SOLEDAD MOLANO RUÍZ solicitó pensión de sobrevivientes en representación de su hija, Janeth Soledad Lancheros Molano; **10)** El I.S.S. mediante Resolución 0535 de 1986 reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% a la cónyuge supérstite sin especificar el nombre- argumentando que habían existido dos matrimonios válidos y que por ende, debía quedar en suspenso la prestación- y a el 50% a sus hijos menores; **11)** El 21 de abril de 2016 solicitó nuevamente pensión de sobrevivientes, sin embargo, mediante Resolución GNR 199086 del 06 de julio de 1986 se negó el levantamiento del suspenso; y **12)** Convivió con el causante del 11 de septiembre de 1976 al 23 de julio de 1984.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Vinculación de Partes. Intervención Ad Excludendum.

El 17 de enero de 2017 se ordenó la vinculación de **SOLEDAD MOLANO RUIZ** (fls. 52 y 53 del archivo 01), quien refirió tener un mejor derecho que la señora CASALLAS FARFÁN y, de igual manera, solicitó la pensión de sobrevivientes a su favor desde el 23 de julio de 1984 junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación (fls. 90 a 97 del archivo 01)

Fundamentó tales pedimentos en los siguientes hechos: **1)** Contrajo matrimonio con Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque el 23 de agosto de 1970; unión de la que nació Yaneth Soledad Lancheros Molano; **2)** Convivió con el causante hasta el día de su fallecimiento; **3)** Nunca conoció que el causante hubiera cambiado de nombre, así era reconocido por familiares y amigos; y **4)** El causante era Conductor de Camión, el cual tenía como centro de acoplo y abastecimiento Bogotá.

Igualmente, en audiencia del 23 de octubre de 2019, se dispuso la vinculación de **CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS** (fls. 217 a 211 del archivo 01), quien refirió tener un mejor derecho que las demás demandantes y, también, solicitó la pensión de sobrevivientes a su favor desde el 23 de julio de 1984 junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación (archivo 13).

Fundamentó tal pedimento en la convivencia como compañera permanente que sostuvo con el causante del 20 de abril de 1976 al octubre de 1983; unión de la que nacieron dos hijos.

2.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 69 a 76 y 134 a 139 del archivo 01, y archivo 21), se opuso a las pretensiones de las demandantes, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que existe una controversia entre beneficiarios, por lo que, le corresponde a la jurisdicción ordinaria establecer quien es la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante.

MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN (fls. 140 a 147 del archivo 01 y archivo 22), se opuso a las pretensiones de SOLEDAD MOLANO RUÍZ y CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Expuso que con la señora MOLANO RUÍZ y el causante sólo convivieron hasta finales de 1971, no cumpliendo con el requisito de cinco años de convivencia; y que el exánime y la señora CÁRDENAS no convivieron durante el tiempo que se aduce en la demanda.

Finalmente, **SOLEDAD MOLANO RUÍZ** (fls. 140 a 147 del archivo 01 y archivo 22), se opuso a las pretensiones de CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Dijo que la señora CÁRDENAS tenía un estimado de 25 años al fallecimiento del causante y que no se encuentra debidamente acreditado el tiempo de convivencia.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que SOLEDAD MOLANO RUIZ, es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite del causante JORGE ELIECER LANCHEROS/GOMEZ TIPACOQUE, en un porcentaje equivalente al 50% de la mesada pensional reconocida en la Resolución No. 0535 del 10 de febrero de 1986, por COLPENSIONES, teniendo derecho a acrecentar ese porcentaje en la misma proporción, si los hijos del causante JANETH SOLEDAD LANCHEROS MOLANO, JORGE EDUARDO, GIOVANNI y LUZ MIREYA LANCHEROS CASALLAS, ahora mayores de edad hubieren cesado en la percepción del 50% restante reconocido en el mismo acto administrativo.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a partir del 03 de agosto de 2015, más las mesadas adicionales causadas, más los incrementos anuales del Índice de Precios al Consumidor fijado por el DANE, a favor de SOLEDAD MOLANO RUIZ, todo debidamente indexado

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y no probadas las demás.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES, a descontar de las mesadas futuras de SOLEDAD MOLANO RUIZ, lo correspondiente a los aportes en salud y a efectuar en lo sucesivo las deducciones por tal concepto.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES, por el reconocimiento y pago de las costas procesales, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

Para arribar a la anterior decisión señaló que, la norma aplicable en virtud de la fecha de fallecimiento del causante, 23 de julio de 1984, es el Ley 33 de 1973 y Ley 12 de 1975; que en el caso se encuentra demostrado que el exánime contaba con la calidad de pensionado; que la calidad de beneficiaria de la compañera permanente estaba supeditada a la

inexistencia de cónyuge supérstite, de modo que, su derecho era supletorio; que por lo anterior, no es dable reconocer a CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS su condición de beneficiaria; que del acervo probatorio es dable determinar que MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN si bien ostentaba la calidad cónyuge del causante, la convivencia entre septiembre de 1976 hasta el fallecimiento, lo cierto es que rehízo su vida a partir del año 2000, por lo que en tal sentido no es dable considerarla beneficiaria de la prestación pretendida; que de igual manera se demostró que el exánime contrajo nupcias con la señora SOLEDAD MOLANO RUÍZ desde el 23 de agosto de 1970, y que pese a que no convivieron en el último año, esta demandante no tuvo injerencia en el tiempo que el causante no estuvo en el hogar, conserva su calidad de viuda y, que su vida se concreta en el cuidado de su hogar y sus nietos; que no hay lugar a intereses moratorios, pues estos no son procedentes cuando se está frente a la Ley 100 de 1993 o pensiones del régimen de transición, por demás que existía la necesidad de desatar el derecho y verificar quien era la beneficiaria de la prestación; que por lo anterior, las condenas se deben reconocer debidamente indexadas; y que operó la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 03 de agosto de 2015, puesto que no se demandó dentro de los tres años al agotamiento de la reclamación administrativa y, se demandó el 03 de agosto de 2018 por tal demandante.

4. Argumentos de las Recurrentes.

MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN expuso que en sentencia C-309 de 1996 se declaró inexecutable las expresiones o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital del artículo 2 de la Ley 12 de 1975; que las viudas que con posterioridad al 07 de julio de 1991 hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes, podían como consecuencia de la sentencia aludida y, a fin de que se vieran restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que causadas a partir de la notificación de la sentencia; y que en el caso está demostrado que la actora hizo nueva vida marital en el año 2000, por lo que no perdió el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Por su parte, **SOLEDAD MOLANO RUÍZ** manifestó que para la fecha del retroactivo se debió tener en cuenta que el 21 de abril de 2016 solicitó la pensión y, que el 06 de julio de 2016 se negó su reconocimiento.

Finalmente, **CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS** expresó que no se aplicó el principio de favorabilidad, con lo que se están vulnerando los derechos constitucionales de igualdad, seguridad, confianza legítima y coherencia del sistema jurídico.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las demandantes para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Son MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN y CEILA DEL CARMÉN CÁRDENAS beneficiarias de la pensión de sobrevivientes causada como consecuencia del fallecimiento del señor Jorge Eliecer Gómez y/o Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque?, y ¿se encuentra ajustada a derecho la fecha de reconocimiento pensional fijada a favor de SOLEDAD MOLANO RUÍZ?

Tesis

Revoca parcialmente y modifica la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Ley 12 de 1975.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Jorge Lancheros Tipacoque y/o Jorge Eliecer Gómez, 24 de julio de 1984 (exp. Administrativo, carpeta 39), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 5 y 20 del Decreto 3041 de 1966 en concordancia con la Ley 90 de 1946, la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975; norma que dispone en su artículo 1° que, *“el cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas”*.

Así mismo, el artículo 2° de la Ley 12 de 1975 señalaba que *“Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad”*; norma que fue declarada inexecutable mediante sentencia C-309 de 1996, señalándose que *“Las viudas que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes, podrán, como consecuencia de este fallo y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia”*

Sobre el punto, CSJ Rad.44782 del 22 de agosto de 2012 reiterada en la CSJ SL369-2013 señaló que el efecto retroactivo de la sentencia C-309 de 1996 únicamente va hasta la entrada en vigor de la actual Constitución, pues no se podía desligar que antes de su expedición tenía un contenido justificado; por lo que ciertamente, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 deberá entenderse inexequible lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 12 de 1975.

Por otra parte y en lo que respecta a las compañeras permanentes CSJ Rad.47848 del 12 de diciembre de 2007, CSJ Rad. 31613 del 25 de marzo de 2009, CSJ 34401 del 15 de febrero de 2011, CSJ Rad. 37552 del 24 de septiembre de 2014, y CSJ SL12856-2016, reiteradas en CSJ SL15419-2017 y CSJ SL16673-2017, dijo:

1. Desde la Ley 90 de 1946 existió en favor de la compañera permanente el derecho a la pensión de “viudedad”, denominada después “de sobrevivientes”, a condición que: (i) **el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite**; (ii) el de cujus y su derechohabiente se mantuvieron solteros durante el “concubinato”; (iii) la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los tres años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes, según las voces del artículo 55 de la Ley 90 de 1946. Respecto del aparte referido a que el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite también puede consultarse CSJ SL4026-2017, CSJ SL4651-2020, CSJ SL4469-2021, y CSJ SL1730-2022.

2. El artículo que contenía estas reglas, aunque fue consagrado para las pensiones por accidente o enfermedad profesional, resultaba aplicable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la misma ley, a las pensiones por muerte común; y

3. Tales disposiciones no fueron modificadas por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, ni derogadas por el Decreto 433 de 1971. CSJ Rad.37552 del 15 de febrero de 2011 aclaró que a pesar de la inexequibilidad de la expresión “*siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato*” mediante la sentencia C-482 de 1998 cuando la muerte ocurría antes de tal declaratoria, dicho precepto

se entiende que conservó su vigencia hasta la expedición de la Constitución de 1991.

Sentadas las anteriores premisas y descendiendo al caso en estudio, se encuentra que el señor Jorge Eliecer Gómez Lancheros Tipacoque y/o Jorge Eliecer Gómez falleció ostentando el estatus de pensionado, pues mediante Resolución 02046 del 08 de marzo de 1984 le otorgaron pensión de invalidez (exp. Administrativo obrante en la carpeta 39); que SOLEDAD MOLANO RUÍZ y MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN deprecian la calidad de cónyuge supérstite; y que CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS aduce su calidad de compañera permanente.

Al punto, se encuentra en la prueba documental, que SOLEDAD MOLANO RUÍZ y el exánime contrajeron nupcias el 13 de agosto de 1970, esto cuando el causante tenía los apellidos Lancheros Tipacoque, así como que tuvo una hija, Janeth Soledad Lancheros Molano (fls. 26 y 104 del archivo 01).

Por otra parte, se encuentra que el fallecido en vida adelantó trámite el 12 de septiembre de 1975 para cambiar sus apellidos de Lancheros Tipacoque a Gómez, en razón a que su madre se llamaba Blanca Teresa Gómez y no, Blanca Teresa Tipacoque, por lo que, a partir de tal calenda su nombre fue el de Jorge Eliecer Gómez; nombre con el que contrajo nupcias con MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN el 01 de agosto de 1976, con quien además tuvo tres hijos, Jorge Eduardo, Giovanni y Luz Mireya Lancheros Casallas (fls. 27 a 33 del archivo 01).

De esta manera, y en cuanto se hace necesario recordar que no es el Juez del trabajo el competente para decidir sobre la eficacia o validez del matrimonio y sus efectos civiles, según lo dispuesto en CSJ SL2656-2018 que reiteró CSJ. Rad.10897 del 12 diciembre de 1984, indicando:

“Es axiomático que la justicia del trabajo no tiene competencia para decidir sobre la validez de matrimonios civiles o eclesiásticos ni para resolver sobre la eficacia o ineficacia de divorcios concedidos por autoridades extranjeras, de acuerdo con trámites y leyes foráneas.

Son jurisdicciones distintas de la del trabajo, la civil o la canónica, según el caso, quienes tienen potestad para dirimir esa especie de conflictos, y

entonces la laboral debe atenerse a lo que hayan decidido estas últimas o, en caso de que nada les hubiere sido propuesto, han de admitir los jueces del trabajo la validez formal de los actos jurídicos de la especie aludida y desprender de ellos las consecuencias que correspondan según los preceptos legales, máxime aún si se recuerda que el fenómeno de la inexistencia de los contratos u otros actos jurídicos no está consagrado en la legislación colombiana.

Entonces, en el caso sub judice, donde aparece demostrada la celebración de un matrimonio civil por don Bernardo Mora Ochoa y doña Esther Edith Ossa Chavarriaga en la República de México, mediante una partida autenticada, protocolizada y finalmente inscrita en la Notaría Primera de Bogotá como lo exige la Ley, no puede la justicia del trabajo descalificar ese contrato matrimonial para tener a doña Esther Edith como simple compañera permanente de don Bernardo cuando, según dicha prueba, ostenta el estado civil de esposa del señor Mora Ochoa.

Y si, además consta en el expediente que don Bernardo falleció estando pensionado por la Distribuidora, tampoco puede remitirse a duda que doña Esther Edith tiene la calidad de viuda del señor Mora y que, en consecuencia, está habilitada para disfrutar de la pensión de jubilación que recibía don Bernardo, conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985”.

Conforme lo expuesto es pertinente tener por válido el matrimonio celebrado por MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN y el causante el 01 de agosto de 1976, resultando procedente verificar si se encuentra demostrado el requisito de convivencia, el que según CSJ Rad. 33210 del 17 de octubre de 2008, consiste en que esta debió permanecer hasta la fecha de la muerte del causante, a menos que se acredite que el causante impidió a su cónyuge proseguir la vida en común; esto que se dice, debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en CSJ SL4005-2016 y CSJ SL16573-2016, esto es, que *“la falta de cónyuge a que se refieren preceptivas como las mencionadas no puede entenderse única y exclusivamente desde la perspectiva de la disolución del vínculo jurídico que ató al causante con el beneficiario de la prestación por sobrevivencia (muerte, nulidad, divorcio y separación legal), sino también, desde la pérdida de su esencialidad, esto es, para estos casos, la causada por **dejación definitiva de la comunidad de vida de la pareja** (artículo 1501 del Código Civil). No puede ser de otra manera, pues lo que ha entendido la Corte por fuente del derecho pensional de sobrevivencia no es la simple formalidad jurídica que ata al causante con su pareja, sino el **hecho real de la convivencia y el apoyo mutuo que en vida se dispensaron durante el término mínimo previsto en la ley**, lo cual impone --al producirse el fallecimiento-- mantener o salvaguardar en grado mínimo las condiciones económicas y de seguridad social que en vida común disfrutaban, **de suerte que la muerte del causante no deje a ésta,***

como parte de su núcleo familiar que es, en estado de desprotección y vulnerabilidad” (Negrillas por la Sala).

De esta manera, encontramos frente a SOLEDAD MOLANO RUÍZ que, comparecieron a rendir testimonio **María Luz Mila Millán Orjuela, Ana Graciela Lancheros Urrea y Janeth Soledad Lancheros Molano**, quienes fueron claras en manifestar que, el causante y la señora MOLANO RUÍZ convivieron desde su matrimonio; que vivieron en Chipaque, Bogotá y en Armero- Tolima; que el exánime se veían con ella cada ochos, 15 o 20 días, o al mes; que el causante siempre estuvo pendiente ella y de su hija; que esta demandante no consiguió nueva pareja; que el causante tuvo varias mujeres, era mulero y por donde pasaba tenía una mujer, y en cada familia iba dejando su bulto de arroz; que el causante nunca dejó de frecuentar a todos sus hogares; que el exánime pasaba la noche por todo el país, por lo que se quedaba en diversas partes, por lo que realizaba convivencia simultánea con varias mujeres; que nunca se divorció de SOLEDAD; que esta no fue al sepelio del causante porque desconocían de la enfermedad del causante; y que este se ausentó sin informar el por qué, se entiende que fue a raíz de su enfermedad.

Así las cosas, se encuentra acreditada una convivencia mínima de por lo menos, 13 años, 11 meses, y 12 días, esto es, desde el matrimonio entre la señora SOLEDAD MOLANO RUÍZ y el causante, hasta el fallecimiento de este; aclarándose que si bien al momento de la muerte no se compartió techo, lecho y mesa, de los testimonios aludidos no se logra desprender que se perdió su comunidad de vida, pues el causante durante el desarrollo de tal relación frecuentaba tal hogar, a su hija, proveía lo necesario, y sólo se ausento a raíz de la enfermedad que luego le generó su deceso (leucemia).

En cuanto a MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN comparecieron a rendir testimonio **Rosa Marlen Castillo Forero, María Helena Castillo Forero, Ana Graciela Lancheros Urrea y Claudia Esperanza Daza Rodríguez**, quienes informaron que le constaba su convivencia con el causante por lo menos desde 1979; que de tal hogar nacieron tres hijos; que esta demandante siempre convivió con el causante; que el exánime llegaba cada ocho días de viaje y duraba cuatro-cinco días y luego se iba; que el

causante sostenía este hogar; que los tratamientos del causante los hizo esta demandante, así como era quien lo cuidaba, y le proporcionaba alimentos y medicamentos; que con MARÍA ANGÉLICA el causante vivió de forma simultánea, vivía con todas sin estar en un lugar estable; y que actualmente MARÍA ANGÉLICA tiene una relación con un señor de nombre Maximiliano, como desde el año 2000.

De esta manera, con esta demandante la Sala también encuentra acreditada una convivencia mínima de por lo menos, 7 años, 11 meses, y 24 días, esto es, desde el matrimonio entre la señora MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN y el causante, hasta el fallecimiento de este; aclarándose que esta fue quien le proporcionó los cuidados al causante hasta su fallecimiento, y que si bien tiene en la actualidad una vida marital con un tercero, ciertamente, esto ocurrió desde el año 2000, esto es, cuando ya había sido declarado inexequible el artículo 2 de la Ley 12 de 1975.

Por otra parte, y en cuanto a **CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS**, dado que se encuentra acreditada la existencia de cónyuge supérstite, no es dable efectuar el reconocimiento pensional tal y como lo advirtió la A Quo; decisión que no debe entenderse que vulnera derechos constitucionales de tal demandante, pues como se expuso en sentencia CSJ SL1730-2022 la prestación de sobrevivencia en favor de la compañera permanente para ese momento histórico estuvo supeditada, entre otras, a la falta de cónyuge supérstite, por demás que, frente al principio de favorabilidad establecido por el artículo 53 de la Constitución Política, ha de tenerse en cuenta que CSJ SL982-2021, enseñó que tal proceder no es posible, pues, *“este solo es aplicable cuando existe una duda real, seria, auténtica y objetiva que genere dos comprensiones o más de la misma norma (in dubio pro operario) o se esté ante dos o más normas aplicables (regla más favorable), caso en el cual se debe optar por la interpretación o aplicación más favorable a la parte débil de la relación de trabajo”*.

Por lo expuesto, se reconocerá pensión de sobrevivientes únicamente a favor de SOLEDAD MOLANO RUÍZ y MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN.

Fecha de Reconocimiento y Prescripción.

En juicio está acreditado que el causante falleció el 23 de julio de 1984, por lo que la prestación pensional se debe reconocer a partir de tal calenda; asimismo, la prestación se deberá reconocer sobre la misma cantidad de mesadas que el causante venía percibiendo, así como el valor de la pensión deberá ser en igual cuantía que tenía el causante, pues este al ostentar la calidad de pensionado, es dable la sustitución a favor de sus beneficiarias, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

En cuanto a la prescripción, dicho fenómeno acaeció sobre las mesadas causadas con anterioridad al 05 de octubre de 2013 frente a MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN, dado que demandó hasta el mismo día y mes de 2016 (fl. 51 del archivo 01) y respecto a SOLEDAD MOLANO RUÍZ sobre las mesadas causadas con anterioridad al 03 de noviembre de 2014, dado que solicitó la pensión de sobrevivientes el mismo día y mes de 2017 (fls. 90 a 97 del archivo 01); no se nuevas reclamaciones administrativas para considerar que se interrumpió el derecho prescriptivo, como lo es la del 21 de abril de 2016, pues mediante Resolución 0535 del 10 de febrero de 1986 se estableció que el porcentaje a favor de la cónyuge supérstite quedaría en suspenso hasta que se demandara (fls. 6 y 7 del archivo 01), por lo que era obligación de tales demandantes presentar su demanda dentro de los tres años a esta, lo que no acaeció.

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ el numeral primero** de la sentencia, en cuanto únicamente tuvo como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a SOLEDAD MOLANO RUÍZ, para en su lugar, DECLARAR que SOLEDAD MOLANO RUÍZ y MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN son beneficiarias en calidad de cónyuges supérstites del señor Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque y/o Jorge Eliecer Gómez, en un porcentaje equivalente al 25% para cada una, de la mesada pensional reconocida en la Resolución 0535 del 10 de febrero de 1986 por COLPENSIONES, teniendo derecho a acrecentar ese porcentaje en la misma proporción, si los hijos del causante, JANETH SOLEDAD LANCHEROS SOLANO, JORGE EDUARDO, GIOVANNI, LUZ MIREYA LANCHEROS CASALLAS, hubieren cesado en la percepción del 50% restante reconocido en el mismo acto administrativo.

En igual sentido, se **REVOCARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en cuanto dispuso el reconocimiento del retroactivo únicamente a favor de SOLEDAD y desde el 03 de agosto de 2015, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN y SOLEDAD MOLANO el retroactivo pensional causados a partir del 05 de octubre de 2013 y 03 de noviembre de 2014, respectivamente, junto con las mesadas adicionales causadas, incrementos anuales, todo debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago; para ello, téngase en cuenta, los porcentajes establecidos en el numeral primero de la sentencia.

Así mismo, se **REVOCARÁ el numeral cuarto** de la sentencia, en cuanto únicamente ordenó los descuentos de salud a cargo de SOLEDAD MOLANO RUÍZ, para en su lugar AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar de las mesadas futuras de SOLEDAD MOLANO RUÍZ y MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN lo correspondiente a los aportes a salud y a efectuar en los sucesivo las deducciones por tal concepto.

Finalmente, se **MODIFICARÁ la sentencia** en el sentido de ADICIONAR que se ABSUELVE a COLPENSIONES de las pretensiones elevadas por CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS, así como del reconocimiento de intereses moratorios; frente a estos último se aclara que si bien la Juez de Primera Instancia señaló su absolución en la parte considerativa de su sentencia, omitió plasmarlo en la parte resolutive.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR el numeral primero** de la sentencia. En su lugar se dispone, DECLARAR que SOLEDAD MOLANO RUÍZ y MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN son beneficiarias en calidad de cónyuges supervivientes del señor Jorge Eliecer Lancheros Tipacoque y/o Jorge Eliecer Gómez, en un porcentaje equivalente al 25% para cada una, de la mesada pensional reconocida en la Resolución 0535 del 10 de febrero de 1986 por COLPENSIONES, teniendo derecho a acrecentar ese porcentaje en la misma proporción, si los hijos del causante, JANETH SOLEDAD LANCHEROS SOLANO, JORGE EDUARDO, GIOVANNI, LUZ MIREYA LANCHEROS CASALLAS, hubieren cesado en la percepción del 50% restante reconocido en el mismo acto administrativo.

SEGUNDO. – **REVOCAR el numeral segundo** de la sentencia. En su lugar se dispone, CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN y a SOLEDAD MOLANO RUÍZ el retroactivo pensional causados a partir del 05 de octubre de 2013 y 03 de noviembre de 2014, respectivamente, junto con las mesadas adicionales causadas, incrementos anuales, y todo debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago; para ello, téngase en cuenta los porcentajes establecidos en el numeral primero de la sentencia.

TERCERO. – **REVOCAR el numeral cuarto** de la sentencia. En su lugar se dispone, AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar de las mesadas futuras de SOLEDAD MOLANO RUÍZ y MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN lo correspondiente a los aportes a salud y a efectuar en lo sucesivo las deducciones por tal concepto.

CUARTO. – **MODIFICAR la sentencia** en el sentido de ADICIONAR que se ABSUELVE a COLPENSIONES de las pretensiones elevadas por CEILA DEL CARMEN CÁRDENAS, así como del reconocimiento de intereses moratorios.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2016-00507 -01.

Demandante: **MARÍA ANGÉLICA CASALLAS FARFÁN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

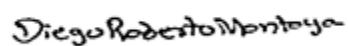
SEXTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

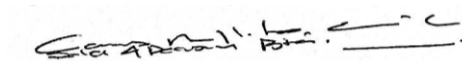
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00091 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de mayo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de **BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ**, en proceso ordinario laboral que adelanta la recurrente contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de compañera permanente una pensión de sobrevivientes, a partir del 29 de junio de 2015, en catorce mesadas, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Jairo Antonio Gómez Díaz falleció el 29 de junio de 2015; **2)** El causante era beneficiario de una pensión de vejez que le fue reconocida mediante Resolución 9854 de 2012; **3)** Convivió con el exánime por más de nueve años hasta su deceso, de forma continua e ininterrumpida y dependiendo

económicamente de él; **4)** Mediante Resolución GNR 384132 de 2015 le fue reconocida sustitución pensional de forma parcial; y **5)** Solicitó el 100% de la prestación; sin embargo, mediante Resolución GNR 109493 de 2016 tal petición, se negó.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Vinculación de Partes y Respuesta Demanda María del Carmen Martínez Vargas por Blanca Flor Pacheco de Gómez.

Mediante auto del 09 de marzo de 2017 se dispuso la vinculación de **BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ** (archivo 09), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Expresó que para que la actora pueda ser acreedor a un porcentaje mayor, asimismo, deberá demostrar un tiempo de convivencia superior al que acreditó en el trámite administrativo.

2.2. Demanda de Reconvención.

BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ (archivo 09), presentó demanda de reconvención, pretendiendo el reconocimiento pensional a su favor de conformidad con la convivencia que se demuestre.

Fundamentó sus pedimentos en las siguientes situaciones fácticas; **1)** Convivió con el causante del 15 de junio de 1974 al 01 de enero de 2000; **2)** El exánime convivió con María Luisa Gómez (Q.E.P.D.) del 2000 a 2009, y con la demandante entre 2009 y 2014, año en el que el causante fue diagnosticado con Esclerosis Lateral Amiotrófica y esta no pudo cuidarlo, pues tal patología requería de un cuidado de 24 horas y debía trabajar; **3)** El causante estuvo hospitalizado a mediados de diciembre de 2014 hasta inicios de enero de 2015; no obstante, al regresar a su casa sólo estuvo cuatro días, y posteriormente, solicitó a su hijo, Richard Wilson Gómez Gómez que, se lo llevara para efectuar su cuidado; y **4)** Ante la posibilidad

de ser cuidado el causante por sus hijos, fue llevado a un hogar geriátrico, donde falleció.

2.3. Respuesta Demanda y Demanda de Reconvención.

COLPENSIONES (fls. 69 a 75 del archivo 01 y archivo 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que se reconoció el porcentaje equivalente al tiempo de convivencia que la demandante demostró en contraste con el que se reconoció a la cónyuge supérstite, Blanca Flor Pacheco de Gómez, a quien se le asignó el 78,49% de la prestación.

Mediante auto del 24 de noviembre de 2021 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS (archivo 17).

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la norma a aplicar es la Ley 797 de 2003 en virtud de la fecha de fallecimiento del causante, 29 de junio de 2015; que en tratándose de cónyuge supérstite se debe acreditar cinco años de convivencia en cualquier tiempo, mientras que la compañera debe hacerlo dentro de los cinco años anteriores al deceso, según precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; que pueden existir circunstancias que no permitan la convivencia bajo el mismo techo, debiéndose verificar si pese a ello, se seguían prestando lazos afectivos entre ellos; que el testigo, José Manfred Zúñiga, era de oídas, por lo que es insuficiente para tener por ratificada su declaración extraprocesal; que de la investigación administrativa realizada por la entidad demandada, así como del testimonio de Sandra Milena Gómez documentales y declaraciones extraprocesales, es posible determinar que la señora MARÍA DEL CARMEN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00091 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

MARTÍNEZ convivió desde el 15 de junio de 1974 hasta el 01 de enero de 2000 con el causante, mientras que BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ lo hizo por lo menos los últimos cinco años de vida de este y, que sólo dejaron de convivir, en virtud de la situación de salud del causante, no obstante, mantenerse los lazos afectivos entre ellos; y que en ese orden de ideas, las proporciones de la pensión reconocida por COLPENSIONES se ajustan a derecho, así como los porcentajes que esta entidad señaló.

4. Argumentos de la Recurrente.

MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ señaló que se demostró con la declaración de Sandra Milena Gómez que, convivió los últimos cinco años de vida de su padre y que dependía económicamente de esta.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS** y **COLPENSIONES** para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se reconoció en debida forma por parte de COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes a favor de las demandantes como consecuencia del fallecimiento de Jairo Antonio Gómez Díaz?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Cónyuge Supérstite vs Compañera Permanente.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Jairo Antonio Gómez -29 de junio de 2015- (fl. 11 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

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

En ese sentido, en cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años,

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

Sin embargo, cuando se está frente al presupuesto contenido en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, CSJ Rad. 40055 del 29 de noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016, ha aceptado ante tal controversia que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien si bien en este presupuesto no se le exige convivencia al momento de la muerte, debe acreditar cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

De igual manera, y frente a la convivencia, CSJ SL3813-2020 y CSJ SL803-2022 ha señalado que, *“ (...) debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”*.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que mediante la Resolución GNR 384132 del 27 de noviembre de 2015, la entidad demandada consideró luego de efectuar la correspondiente investigación administrativa y situación familiar del causante Jairo Antonio Gómez Díaz que MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS convivió con él 7 años y con BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ,

25,54 años, esto es, desde que contrajeron nupcias, 15 de junio de 1974, hasta enero de 2000 (fls. 22 a 34 del archivo 01).

Sin embargo, señala MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS en su demanda que es acreedora de un 100% y en su apelación, que por lo menos un 50%, para lo cual allega diversas declaraciones extraprocesales (fls. 42 a 47 del archivo 01); sin embargo, al dar contestación BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ solicitó ratificación de las mismas (archivo 09), compareciendo únicamente a juicio el señor José Manfred Zuñiga.

En este punto, habrá de rememorarse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación se requirió, y sólo se acudió a ratificar su dicho José Manfred Zuñiga, esta es la única declaración extraprocesal allegada por la demandante MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS que, puede ser valoradas en el sentido aludido por la H. Corte Suprema de Justicia.

Dicho testigo manifestó en declaración extraprocesal que, el causante convivió en unión marital de hecho con la señora MARTÍNEZ VARGAS desde el 15 de septiembre de 2005 hasta el día de su deceso, compartiendo de manera permanente, mesa, techo y lecho (fl. 46 del archivo 01); no obstante, al comparecer a rendir declaración en juicio adujo que, nunca visitó en su casa a esta demandante y al causante, que fue la demandante quien le comentó que era la pareja del exánime, y que no tenía una fecha exacta desde cuando habían convivían juntos, por lo que, en tales condiciones no resulta lo suficientemente certero para establecer convivencia.

Por otra parte, y a fin de tener por acreditada tal relación, compareció a juicio Sandra Milena Gómez, hija del causante, quien manifestó que su padre vivió con su mamá, María Luisa; que su padre falleció en un hospital

geriátrico interno, pero que llevaba allí un mes; y que sus padres convivieron hasta cuando madre falleció y luego él, se fue a vivir con María del Carmen.

Lo dicho por tal testigo se acompasa con lo dispuesto en la Resolución GNR 384132 del 27 de noviembre de 2015, en donde se estableció por parte de la entidad demandada que, la convivencia del demandante inició en 2009, expresando que lo fue luego del fallecimiento de la señora María Luisa Gómez; circunstancia que también aseveró BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ, al dar contestación a la demanda, en donde manifestó que, convivieron luego del fallecimiento de la señora María Luisa Gómez, y que tal convivencia inició en 2009.

En tales condiciones, no se encuentre que hubiere errado en el tiempo de convivencia que dispuso COLPENSIONES con la señora MARÍA DEL CARMEN RAMÍREZ VARGAS máxime si se tiene en cuenta que, el causante en vida, esto es, el 21 de octubre de 2013 también adujo un tiempo de convivencia de alrededor de ocho años para tal calenda (fl.60 del archivo 01); convivencia que no vio afectada por ser internado el causante a un centro geriátrico, pues no se avizora que desapareció la comunidad de vida de la pareja, ya que, en suma a que el tiempo de permanencia del causante allí sólo fue de un mes o de 15 días según la demandante, ante el padecimiento que tenía Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) es razonable que se necesitara un cuidado especializado.

En cuanto a la señora BLANCA FLOR PACHECO DE GÓMEZ, se tiene que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció que, según las entrevistas que se realizaron a los hijos del causante, este convivió con ella desde su matrimonio, 15 de junio de 1974, hasta el 01 de enero de 2000 (fls. 22 a 34 del archivo 01); circunstancia que también narró tal demandante en su demanda de reconvención (archivo 09), por lo que, en tales condiciones y no obrando prueba alguna que permita establecer una convivencia superior, se considera acertado el reconocimiento efectuado por la entidad demandada COLPENSIONES.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00091 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS.

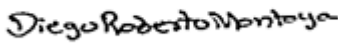
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

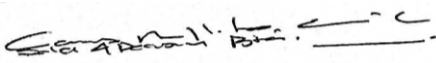
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00091 -01.
Demandante: **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ VARGAS.**
Demandado: **COLPENSIONES.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de MARÍA DEL CARMEN MARTINEZ VARGAS como
agencias en derecho la suma de \$250.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00317 -02.

Demandante: **FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO.**

Demandado: **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO** contra la providencia que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 27 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa, cesantías, indemnización moratoria, perjuicios morales y materiales por la terminación de su contrato de trabajo, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Entre las demandadas celebraron contrato de prestación de servicios para la realización y/o atención del servicio de cirugía general, a partir del 01 de marzo de 2011; contrato que tenía una duración de 24 meses; **2)** El 01 de

febrero de 2012 inició un contrato de trabajo verbal con la Clínica para desempeñar el cargo de Cirujano General; **3)** Se le pagaron inicialmente sus aportes a salud y pensión por parte de la Corporación, para lo cual debía asumir su seguridad social así como presentar cuentas de cobro; **4)** El 17 de septiembre de 2012 se le informó que su contrato terminaba el 31 de octubre de 2012; **5)** El 31 de octubre de 2012 suscribió contrato de prestación de servicios con la Corporación; **6)** El 07 de noviembre de 2012 se le informó que trabajaría en la Corporación como independiente, a partir del 01 del mismo mes y año; **7)** Cumplía turnos asignados, atender la evolución de los pacientes, así como desempeñó funciones de docente de la Universidad del Rosario, Escuela de Cirugía El Bosque, y Universidad Militar Nueva Granada; **8)** Debía asistir a jornadas de reinducción, le efectuaban evaluaciones, era sujeto de llamados de atención y supervisión, debía presentar casos ante la Junta de Morbilidad, le remitían recomendaciones vía e-mail, y recibía órdenes; **9)** Gozó de vacaciones del 27 de abril al 05 de mayo de 2013, y en mayo de 2014; **10)** El 08 de abril de 2013 la Asociación Mexicana de Cirugía de Endoscopia A.C. le informó que había sido inscrito para un congreso, siendo aceptado para acudir el mismo el 26 de diciembre de 2013; **11)** Una vez realiza las gestiones para acudir al diplomado, el 14 de abril de 2014 le comunican la terminación de su contrato de trabajo; **12)** Realizó el diplomado en 2015, esto es, cuando ya había sido retirado de las demandadas; y **13)** Percibía ingresos para mayo de 2013 de \$8'809.715.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL (fls. 396 a 413 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la celebración de un contrato de prestación de servicios para la atención del servicio de cirugía general a partir del 01 de marzo de 2011 con su codemandado; que el anterior contrato no fue renovado, empero que

se efectuó la suscripción de un nuevo contrato el 10 de abril de 2013; y la presentación de casos por parte del actor ante la Junta de Morbilidad.

Adujo que el contrato de prestación de servicios con la Corporación se hizo sobre horas y no, sobre personas; que el Dr. Carlos Sánchez era el encargo de efectuar la supervisión del contrato; que los turnos eran conocidos y reportados al hospital con la finalidad de garantizar el servicio, pero que esto no quería decir que ellos los realizaran; que frente a la vinculación del actor el 30 de septiembre de 2013, cualquier pretensión frente a la misma se encuentra prescrita; que el contrato suscrito el 30 de octubre de 2013 terminó por vencimiento del término pactado; que resulta temerario o infundado pretender que con una misma actividad se desarrollaron dos contratos de trabajo; que de los hechos de la demanda se parte que el verdadero empleador fue la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA; y que además es dable verificar que las diversas universidades le pagaban al actor por su labor de docente.

Por su parte, **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA** (fls. 476 a 481 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la celebración de un contrato de prestación de servicios para la atención del servicio de cirugía general a partir del 01 de marzo de 2011 con la clínica demandada; que el anterior contrato no fue renovado, empero que se efectuó la suscripción de un nuevo contrato el 10 de abril de 2013; la terminación del contrato el 31 de octubre de 2013 y la suscripción de un contrato de prestación de servicios a partir del día siguiente; la supervisión desplegada; y la terminación del contrato.

Adujo que con el actor celebró un contrato a término fijo el 01 de febrero de 2012 que finiquitó por vencimiento del plazo pactado el 31 de octubre de 2013, pagando la correspondiente liquidación de prestaciones sociales; que el contrato de prestación de servicios finalizó el 31 de mayo de 2014; y que el Dr. Carlos Sánchez fue un mero coordinador de la labor desplegada por el accionante.

2.2. Llamamiento en Garantía.

HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL llamó en garantía a la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA** se opuso al llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (fls. 616 a 626 del archivo 01).

Reiteró las razones de su oposición a la demanda, así como adujo frente al llamamiento en garantía que, la cláusula de indemnidad no puede ser entendida como una disposición mediante la cual una de las partes asume de forma irrestricta la obligación de responder frente a la otra por los eventos de todo tipo de responsabilidad que ocurran durante la vida del contrato.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL existió un verdadero contrato laboral a término indefinido desde el 01 de febrero del 2012 y hasta el 28 de mayo del 2014, en el que la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA fungió como simple intermediaria.

SEGUNDO: DECLARAR solidariamente responsables al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA.

TERCERO: DECLARAR totalmente probada la excepción de prescripción propuesta por el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente un (01) SMLMV.

Para arribar a la anterior decisión señaló que, no es motivo de discusión que el demandante suscribió un contrato a término fijo con la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA el que perduro entre el 01 de febrero y el 31 de octubre de 2012; que el 01 de noviembre de 2012 se celebró un contrato de prestación de servicios, que perduró hasta el 30 de septiembre de 2013; que el 01 de octubre de 2013 se celebró nuevo contrato a término fijo, que tuvo vigencia hasta el 28 de mayo de 2014; que de conformidad con el acervo probatorio obrante es dable

establecer que el verdadero empleador del demandante fue el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, pues fue este quien resultó beneficiario de sus servicios, no existió solución de continuidad entre los contratos, las funciones que se pactaron fueron las mismas, estaba sujeto a horario, no había autonomía, y cumplía órdenes de personal de dicho hospital; que al no advertirse la calidad de intermediaria de la corporación, es dable considerarla solidariamente responsable de las condenas que se impongan; que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, puesto que el actor presentó renuncia y no hizo mención alguna de que dicho acto fuera consecuencia de algún actuar del empleador; y que operó la excepción de prescripción de las demás acreencias pretendidas, puesto que se demandó hasta el 05 de junio de 2017, esto es, por fuera del término de tres años.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que en el acta de reparto de figura como fecha de interposición de la demanda 26 de mayo de 2017, de modo que, la prescripción de la que se habla en la sentencia no se encuentra acorde con la realidad del proceso; y que las demandadas actuaron de mala fe, ocultaron la verdadera relación laboral que existió para que resulte procedente la indemnización moratoria.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y la HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Operó el fenómeno prescriptivo de las acreencias laborales peticionadas por el demandante?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el 151 del C.P.T.S.S., según los cuales, las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

Por su parte, el artículo 94 del C.G.P. establece que la presentación de la demanda también interrumpe el término prescriptivo, siempre y cuando se notifique el auto admisorio de la demanda dentro del término de un año. En relación con la interpretación del citado artículo CSJ SL1533-2018, ha enseñado que las circunstancias que no son imputables al demandante, en consecuencia, no pueden perjudicarlo, como lo son la negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

Conforme a lo expuesto, observa la Sala que se presentó la demanda el **26 de mayo de 2017** (fl.354 del archivo 01), el auto admisorio de la

demanda se notificó por parte del juzgado a la activa el día **11 de julio de 2017** (fl. 369 del archivo 01) y, que la notificación del mismo a la pasiva aconteció a cada una de las demandadas el 11 de diciembre de 2017 y el **22 de enero de 2018** (fls.395 y 468 del archivo 01), esto es, luego de transcurridos 6 meses, y 12 días, por lo que se logró interrumpir con la presentación de la demanda el fenómeno prescriptivo.

De esta manera, es claro que se incurrió en un yerro por parte de la A Quo, al declarar probada la excepción de prescripción de las acreencias laborales generadas como consecuencia de la relación laboral que declaró frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL del 01 de febrero del 2012 al 28 de mayo del 2014, puesto que se solicitó cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, y perjuicios morales y materiales ocasionados con la terminación del contrato de trabajo; rubros que en su totalidad se hacen exigibles al finiquito contractual. Al punto se rememora que, CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010 y CSJ SL5291-2018 señala que las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral.

Por lo dicho, se procederá a estudiar si hay lugar al pago de cesantías; se aclara que el contrato declarado con el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL ni la solidaridad impuesta a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA, puesto que, estas declaraciones que no fueron objeto de impugnación por tales demandadas, por lo que, se entienden que se encuentran en firme.

Cesantías. Salario Integral.

Al respecto, encuentra la Sala que el demandante fue contratado mediante contrato de trabajo a término fijo por la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA el 01 de febrero de 2012; no obstante, se estableció que el salario del demandante lo sería mediante salario integral (fls. 504 a 507 del archivo 01), por lo que, en virtud de lo dispuesto el artículo 132 del C.S.T. se entiende que el pago que le realizaba al actor por concepto de salario incluía prestaciones sociales, de modo que frente a tal contrato no es dable condenar por cesantías.

Igualmente, se encuentra que el 01 de noviembre de 2012 entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios, teniendo como valor por honorarios la suma de \$8'809.718 (fls. 509 a del archivo 01), por lo que, al estarse en la realidad frente a un contrato de trabajo, resulta dable el reconocimiento de cesantías.

De esta manera, y dado que dicho contrato se extendió hasta el 30 de septiembre de 2013, se debe pagar la suma de **\$8'075.574,83.**

Finalmente, se encuentra que el demandante fue contratado mediante contrato de trabajo a término fijo el 01 de octubre de 2013 (fls. 511 a 514 del archivo 01), señalándose nuevamente en esta contratación que el salario integral, por lo que, por las mismas razones expuestas frente al contrato del 01 de febrero al 31 de octubre de 2012, no se impetrará condena contra la demandadas, por este contrato; el cual se extendió hasta el 31 de mayo de 2014.

Perjuicios Morales y Materiales por la Terminación del Contrato de Trabajo.

Al respecto, se conviene señalar que tal y como lo dispuso la A Quo la relación laboral finiquitó por renuncia que fuere libre y voluntariamente presentada por la demandante (fl. 515 del archivo 01), por lo que, bajo tal entender no es dable la imposición de indemnización por despido sin justa causa ni de los perjuicios requeridos, máxime si se tiene en cuenta que en tal carta no se hizo alusión a que la renuncia fuera consecuencia de hechos que tuvieron su génesis en la conducta del empleador; recuérdese que en tal misiva se debió señalar los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral, tal y como lo ha dispuesto CSJ Rad. 44155 del 26 de junio de 2012 y CSJ SL1082-2020.

Aunado a ello, la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. comprende, los perjuicios por concepto de lucro cesante y daño emergente, tal y como lo ha señalado CSJ SL14618-2014 y CSJ SL3203-2016.

En consecuencia, no se impondrá ningún tipo de condena por tales conceptos.

Indemnización Moratoria e Indexación.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía y el desembolso de sus intereses, o el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que hay lugar a la imposición de dicha sanción, pues si bien se pactó entre las partes un contrato de prestación de servicios, este no tuvo otro fin que resultar de fachada para disfrazar la existencia de un contrato de trabajo, actuar que no resulta razonable a la luz de la normatividad laboral, en consecuencia se impondrá la sanción aludida; no obstante, al demandarse el 26 de mayo de 2017, esto es, luego de transcurridos 24 meses de terminada la relación laboral- 28 de mayo de 2014-, sólo es dable imponer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la

Superintendencia Financiera sobre la suma condenada por concepto de cesantías, a partir del 29 de mayo de 2014- día siguiente a la terminación del contrato de trabajo- hasta que se haga efectivo su pago.

Sobre el tópico, CSJ Rad. 36577 del 06 de mayo de 2010, CSJ Rad. 38.177 del 03 de mayo de 2011, y CSJ Rad. 46.385 del 25 de julio de 2012, reiteradas en la CSJ SL2805-2020 y CSL SL2307-2021, ha establecido que la intención del legislador con el artículo 65 del C.S.T. modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, concretamente para aquellos trabajadores que percibiesen una asignación mensual superior al salario mínimo, siempre y cuando interpusieran la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios.

No se impone **indexación** al resultar, esta condena incompatible con los intereses moratorios.

Llamamiento en Garantía.

Al respecto, encuentra la Sala que el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL llamó en garantía a su codemandada con fundamento en que de conformidad con los contratos 008 de 2011 y 008 de 2013 se celebró una cláusula de indemnidad, mediante la que se pactó que esta debía responder por demandas, reclamaciones y/o investigación con ocasión a la ejecución de los mentados contratos, que debía responder por cualquier implicación de carácter jurídico y, que debía salir en defensa de los intereses del hospital.

Al punto, ciertamente encuentra la Sala que en la cláusula cuarta de los aludidos contratos se dispuso que *“EL CONTRATISTA contará con plena autonomía para efectos de la prestación de los servicios aquí contratados, por dicha razón, no existe relación laboral entre los dependientes del CONTRATISTA y el CONTRATANTE, por ende, en el evento de presentarse demandas, reclamaciones o investigaciones con ocasión de la ejecución de este contrato, deberá responder por cualquier implicación de carácter jurídico*

Demandante: **FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO.**

Demandado: **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y OTRO.**

y saldrá en defensa de los intereses del CONTRATANTE” (fl.465 del archivo 01); sin embargo, de la lectura de tal cláusula no se logra extraer con claridad que la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA deba asumir rubros de tipo económico más allá de las que le podrían corresponder como mero intermediario y en solidaridad, por lo que, no se le impondrá condena alguna por el llamamiento en garantía elevado por el hospital demandado.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia. En su lugar, se **DECLARA NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, y en consecuencia se imponen las siguientes condenas:

A. CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y en solidaridad a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA a reconocer y pagar a favor de FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO, la suma de **\$8'075.574,83.** por concepto de cesantías.

B. CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y en solidaridad a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA a reconocer y pagar por concepto de indemnización moratoria a favor de FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO, **intereses moratorios** a la tasa máxima de créditos de

Demandante: **FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO.**

Demandado: **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y OTRO.**

libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de \$8'075.574,83, a partir del 29 de mayo de 2014 hasta cuando se haga efectivo su pago.

C. ABSOLVER al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

D. ABSOLVER a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA del llamamiento en garantía elevado por el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL.

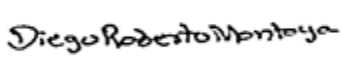
SEGUNDO. -. Costas en ambas instancias a cargo del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y de la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA.

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

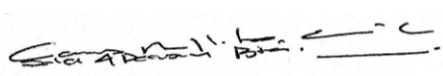
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2017-00317 -02.

Demandante: **FRANKLIN JAVIER FLÓREZ MORENO.**

Demandado: **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y OTRO.**

AUTO

Se señala a cargo del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL y de la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA como agencias en derecho la suma de \$450.000 para cada una de estas.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', is written over the printed name.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00007 -01.

Demandante: **MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ** contra la providencia que el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de mayo de 2023, en proceso ordinario laboral que adelanta la recurrente contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de cónyuge supérstite una pensión de sobrevivientes, a partir del 11 de mayo de 2002, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Mediante Resolución 020622 del 30 de junio de 2000, el I.S.S. le reconoció pensión de vejez a Armando Rodríguez Blanco; **2)** Vivió en unión marital de hecho con el señor Rodríguez Blanco desde el 07 de marzo de 1990; producto de esta relación nació Carlos Andrés Rodríguez Quintana el 17 de junio de 1994; **3)** El 11 de mayo de 2002 falleció el señor Rodríguez Blanco;; **4)** Convivió con el causante hasta su deceso; **5)** Solicitó pensión de

sobrevivientes como madre de su mejor hijos; sin embargo, también solicitaron la prestación, Martha Nelly Torres de Rodríguez y su hijo, Armando Alfonso Rodríguez Torres; **6)** Mediante Resolución 022735 del 01 de enero de 2002 se reconoció pensión de sobrevivientes a Martha Nelly Torres de Rodríguez, Armando Alfonso Rodríguez Torres y Carlos Andrés Rodríguez Quintana; **7)** El 11 de abril de 2014 solicitó pensión de sobrevivientes; sin embargo, se negó a través de la Resolución GNR 22515 del 03 de febrero de 2015; **8)** Interpuso recurso de apelación, no obstante, se confirmó la decisión inicial a través de la Resolución VPN 75526 del 18 de diciembre de 2015; **9)** La convivencia consistía en una cohabitación sábados y domingos y esporádicamente los viernes; además atendían un negocio de propiedad del causante como promotor de chance de 2:00 P.M. a 10:00 P.M. todos los días; y **10)** Martha Nelly Torres de Rodríguez falleció en julio de 2006.

2. Actuación Procesal de Primera Instancia.

2.1. Vinculación Partes.

Mediante auto del 08 de marzo de 2019 se dispuso la vinculación de ARMANDO ALFONSO RODRÍGUEZ TORRES y CARLOS ANDRÉS RODRÍGUEZ QUINTANA (fls. 67 a 70 del archivo 01), quienes contestaron a través de Curador Ad Litem, manifestando que no le constaban los hechos, que se atenían a los que resultara probado (fls. 126 a 129 del archivo 01 y archivo 03).

2.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 74 a 82 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que le reconoció la prestación del causante a tres beneficiarios, así como realizó el correspondiente edicto emplazatorio sin que la demandante compareciera al trámite administrativo; que el compartir fines

de semana no es convivencia, pues de allí no se puede desprender los lazos de solidaridad y ayuda mutua que deben permanecer en una pareja

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto al fallecimiento del causante el 11 de mayo de 2002 y su calidad de pensionado; que en virtud de la fecha del deceso, la norma aplicables la Ley 797 de 2003; que del acervo probatorio no se puede colegir una convivencia mínima de cinco años, fundamentada en el propósito de vida de tener una relación establece, permanente y firme, con apoyo espiritual, sin embargo, no se acredita tal escenario, pues la actora confesó en interrogatorio de parte que, tal convivencia era esporádica y en el último año de vida no compartió con él ni se enteró de los momentos que estuvo hospitalizado; y que ninguna de las testigos que comparecieron tenían una relación en los términos aludidos, pues no le constaba que pernoctaran sin que la procreación de un hijo, sea razón suficiente para establecer dicha convivencia.

4. Argumentos de la Recurrente.

MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ señaló que la norma aplicable es la Ley 100 de 1993, la que establece que se debió haber estado realizando vida marital al momento de la muerte y una convivencia mínima de dos años, lo que se acreditó pues las testigos dieron cuenta que desde 1994 hasta 2001 la actora convivió con el causante; que es dable colegir la convivencia, puesto que tenían un hijo, los veían como marido y mujer, los veían juntos en la tarde, noche y fines de semana; y que la hospitalización del causante no se puede tener como una ruptura de la convivencia, pues se lo llevó la otra familia, y no le permitieron verlo, -solo podía entrar una persona, dependía de su esposa, y en tales condiciones no podía convivir en forma normal-empero, la intención de ambos era continuar con su relación, por demás que entre ellos, se realizaban llamadas telefónicas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante como consecuencia del fallecimiento de Armando Rodríguez Blanco?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Compañera Permanente. Ley 100 de 1993 en su Redacción Original.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad.

41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Armando Rodríguez Blanco- 11 de mayo de 2002- (fl. 22 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original disponía que, es beneficiario en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, quienes deben acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Frente al entendimiento de tal norma, CSJ Rad. 38640 del 03 de marzo 2011, CSJ Rad. 35933 del 19 de julio de 2011, CSJ SL13186-2015, CSJ SL 6286-2017, y CSJ SL4776-2020, dijo que, la cónyuge o la compañera permanente, según el caso, tienen que demostrar la convivencia con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, “salvo que haya procreado uno o más hijos”; lo que quiere decir que la procreación de hijos debió ser en ese preciso lapso, esto es, no es necesario demostrar la convivencia, si dentro de los dos años anteriores al fallecimiento se procrearon hijos, incluido el póstumo, pero en manera alguna, los nacidos en cualquier época.

De igual manera, y frente a la convivencia, CSJ SL3813-2020 y CSJ SL803-2022 ha señalado que, “ (...) debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos

Demandante: **MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Rodríguez Blanco falleció ostentando el estatus de pensionado (Resolución 022735 de 2000 según folios 24 a 26 del archivo 01), y que MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ alega la calidad de compañera permanente, por lo que debía acreditarse por lo menos dos años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante o la procreación de un hijo durante ese lapso.

Al punto, se encuentra que mediante declaración extraprocesal José Humberto Salinas Ramírez y Luz Mery Reina Marroquín afirmaron que, la actora y el causante convivieron desde el 07 de marzo de 1990 hasta el fallecimiento de este- 11 de mayo de 2002-, y que de dicha relación nació un hijo, Carlos Andrés Rodríguez Quintana (fls. 27 y 28 del archivo 01). En cuanto al valor probatorio de dichas declaraciones habrá de rememorarse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación no se requirió, pueden ser objeto de valoración probatoria por parte de esta corporación.

Igualmente, comparecieron en calidad de testigos Luz Mery Reina Marroquín y Claudia Margarita Urieles Palma, quienes dieron cuenta que la demandante inició una relación sentimental con el causante en 1990, que no les constaba que este pernoctara en casa de la actora, que veían al exánime todos los días en las tardes y que los fines de semana sí amanecía con la actora, y que la última vez que vieron al causante fue en 1999 y 2001, respectivamente.

De esta manera, la Sala no cuenta con pruebas lo suficientemente sólidas y certeras para establecer la convivencia de dos años anteriores al fallecimiento del causante, pues si bien en declaración extraprocesal se hizo alusión a una relación sentimental que data del 07 de marzo de 1990 hasta el 11 de mayo de 2002- fecha de deceso del actor-, lo cierto es que, es que en estas no se exponer de manera clara, si compartían techo, lecho y mesa; misma circunstancia que se logra colegir de los testimonios comparecientes a juicio, puesto que de estos no se puede extraer fehacientemente la convivencia durante el último año de vida del causante.

Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que la demandante al rendir interrogatorio de parte señaló que, fue la familia de Armando quien estuvo a cargo de él durante el último año de vida de esta, alrededor de unos ocho meses.

Aunado a lo anterior, tanto de los testigos aludidos como de la declaración de la demandante se encuentra que, el lugar donde se alude se presentó la convivencia era el lugar donde este efectuaba su trabajo, pues allí vendía chance, la actora hacía trabajos de belleza, y de forma conjunta realizaban venta de catálogos, pues el exánime compraba perfumes, y mercancía y trabajaban con eso; por lo que, el tiempo que se alude que se convivía en las tardes era más de tipo comercial y/o laboral que marital, por demás que el establecerse en dicho lugar los fines de semana, si bien podría ser considerado un indicativo de convivencia, es insuficiente para establecer esta, pues tal y como lo expuso la A Quo, debía presentarse la configuración de otros elementos, como lo es, una comunidad de vida de la pareja, lo que implica que existiera entre ellos un propósito de vida en común, de permanencia, apoyo, socorro, y acompañamiento espiritual, aspecto que no logra colegirse de las declaraciones aludidas, máxime si se tiene en cuenta que la demandante en interrogatorio de parte, efectuó manifestaciones tales como, que desconocía los medicamentos que debía consumir el causante, que cuando se lo llevo la familia lo veía esporádicamente, y que había veces que desconocía cuando él ingresaba al hospital.

Así las cosas, para la Sala no se encuentra demostrado fehacientemente la convivencia de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de

Demandante: **MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

1993, no siendo plausible el argumento del impugnante atinente a que por la hospitalización del causante no se puede tener como una ruptura de la convivencia, pues se lo llevó la otra familia, y no le a la actora permitieron verlo, pues si bien tal circunstancia puede ser un obstáculo para que un pareja deje de compartir techo, lecho y mesa, la convivencia no se limita a este escenario, se itera, era menester acreditar que pese a tal circunstancia siguió existiendo un comunidad de vida, especialmente ese ánimo de permanencia, apoyo, socorro, y acompañamiento espiritual, no obstante, los testigos no dan cuenta de tales hechos, por demás que las llamadas telefónicas que se aducen se realizaban entre ellos, sólo se desprenden de lo que manifestó la actora al rendir interrogatorio de parte y, es sabido que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Finalmente, y en cuanto a la posibilidad de eximir el requisito de convivencia por la procreación de un hijo, se tiene que, el causante falleció el 11 de mayo de 2002; sin embargo, su hijo nació el 17 de junio de 1994 (fl. 23 del archivo 01), esto es, mucho antes de los dos años que establece el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En tales condiciones, no queda otro camino que CONFIRMAR la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

V. DECISIÓN

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

Demandante: **MARÍA FLORALBA QUINTANA GÓMEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

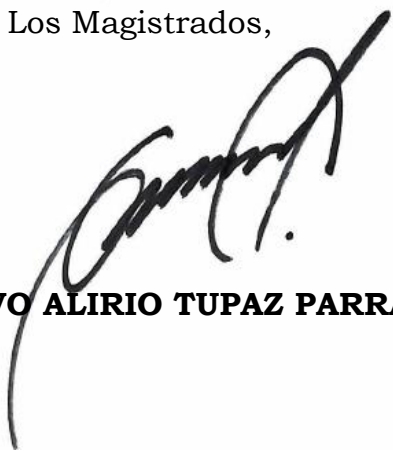
R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 2023, por lo expuesto en la parte considerativa.

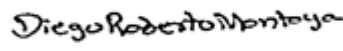
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

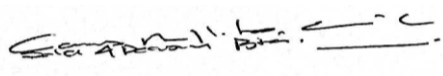
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00414 -02.

Demandante: **PEDRO ANTONIO NIVIAYO CASAS.**

Demandado: **CYZA OUTSOURCING S.A.S. Y U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PEDRO ANTONIO NIVIAYO CASAS** contra la providencia que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **CYZA OUTSOURCING S.A.S. y U.G.P.P.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 01 de septiembre de 2016 al 01 de agosto de 2018; que devengaba \$12'465.312 para 2017 y 2018; que su despido fue sin justa causa; y que U.G.P.P. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que las demandadas en solidaridad paguen las diferencias que resulten del reajuste del salario devengado de acuerdo al I.P.C. del 5,75% y 4.09% ordenado por el Gobierno Nacional para 2017 y 2018, respectivamente; indemnización por despido sin justa causa; salarios no cancelados; vacaciones; sanción moratoria; y daño moral.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 22 de agosto de 2016, U.G.P.P. realizó una convocatoria para la licitación pública LP-003-2016, la que tenía por objeto prestar los servicios de seguridad documental que requieran las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones pensionales dentro del proceso de normalización de expedientes, así como de hallazgos internos y externos, conforme a los lineamientos establecidos por tal Unidad.; **2)** Mediante Resolución 1860 del 20 de septiembre de 2016, U.G.P.P. adjudicó tal contrato a la CYZA OUTSOURCING S.A.S.; **3)** En el marco de la anterior relación, fue vinculado el 01 de septiembre de 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido con salario integral para desempeñar el cargo de Gerente de Proyecto, para lo cual tenía a cargo la supervisión y dirección de 41 personas que conformaban el grupo de talento humano, conformado por grafólogos, investigadores, y supervisores; **4)** En adición a la jornada mencionada, trabajó ocasionalmente turnos de 24 horas; **5)** Su remuneración inicial era \$11'324.364, salario integral; **6)** Devengaba \$828.116 más auxilio de transporte; **7)** El 01 de agosto de 2018 se dio por terminado su contrato de trabajo, argumentándose la reorganización de la empresa; **8)** Durante la relación laboral no le fue realizado reajuste salarial; **9)** Ejecutaba sus servicios bajo direccionamientos de la U.G.P.P., en las instalaciones de esta o donde tal entidad le indicara, le realizaba una evaluación mensual; **10)** No le pagaron los salarios de mayo a agosto de 2018 ni las acreencias laborales que pretende; **11)** Mediante Auto 430-0011606 del 24 de agosto de 2018, CYZA OUTSOURCING S.A.S. fue admitida en proceso de reorganización; **12)** El 13 de noviembre de 2018 elevó reclamación de sus acreencias laborales; y **13)** El 07 de junio de 2019 agotó reclamación administrativa ante la U.G.P.P.; no obstante, su petición se negó por parte de tal entidad.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

U.G.P.P. (fls. 202 a 216 del archivo 01), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó el proceso de licitación pública, así como la adjudicación de un contrato a CYZA OUTSOURCING S.A.S. para prestar servicios de seguridad documental y de hallazgos internos y externos; y la reclamación administrativa elevada por el actor, así como su negativa.

Adujo que no tuvo injerencia en la contratación del demandante, pues CYZA OUTSOURCING S.A.S. desarrollo el contrato de prestación de servicios de forma independiente y con autonomía técnica y administrativa, pudiendo escoger su personal, sus asignaciones salariales, y modalidad de contratación; que el incremento del salario únicamente es obligatorio cuando se está frente al mínimo legal; que desconoce los términos de la relación laboral así como no tuvo injerencia en su finalización; y que su objeto social no guarda relación con las labores que desplegaba el demandante.

Por su parte, **CYZA OUTSOURCING S.A.S.** (archivo 06), contestó a través de Curador Ad Litem, quien manifestó que no le constaban los hechos y de igual manera, se señaló que se atenía a lo que resultara probado. Formuló las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.2. Llamamiento en Garantía.

U.G.P.P. llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 251 a 254 del archivo 01), quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (fls. 339 a 350 del archivo 01).

Señaló que no se encuentra acreditado ningún tipo de intervención por parte de U.G.P.P. en el contrato que el actor celebró con CYZA OUTSOURCING S.A.S; que las obligaciones laborales sólo pueden exigirse a quien efectuó el contrato; y que el pago de obligaciones a su cargo se deben ceñir estrictamente al contrato de seguro, teniendo en cuenta los límites de la misma y los rubros que hubieren podido ser pagados por las demandadas como compensación.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre CYZA OUTSOURCING S.A. HOY S.A.S. EN LIQUIDACION y el actor existió un contrato de trabajo entre el 30 de septiembre de 2016 y el 01 de agosto de 2018, en el cargo de Gerente de proyecto, con un salario integral de \$11'324.364.

SEGUNDO: CONDENAR a CYZA OUTSOURCING S.A. HOY S.A.S. EN LIQUIDACION a pagar al actor la suma de \$13'227.612 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, de conformidad con el I.P.C. certificado por el D.A.N.E.

TERCERO: ABSOLVER a la U.G.P.P., y al llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO de las pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR a CYZA OUTSOURCING S.A. HOY S.A.S. EN LIQUIDACION pagar las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

QUINTO: ABSOLVER a CYZA OUTDSOURCING S.A. HOY S.A.S. EN LIQUIDACION de las demás pretensiones incoadas en su contra por el actor.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo con CYZA OUTSOURCING S.A.S., y que el salario a pagar sería integral; que el incremento salarial anual únicamente es obligatorio para los salarios mínimos; que no es justa causa la situación económica o de reorganización de la empresa demandada, por lo que, resulta procedente la indemnización por despido sin justa causa; que no aplica sanción moratoria frente a la condena que se impone por despido injusto; que no hay lugar a declarar solidaridad frente a la U.G.P.P., por cuanto la labor del actor es ajena a la que desplegó el demandante, ciertamente las funciones de este estaban encaminados a verificar la autenticidad de los documentos que allegaban los petitionarios de prestaciones, así como realizar investigaciones administrativas, no obstante, dentro del objeto social de la U.G.P.P. no se encuentra tal actividad, por demás que no está demostrado que se prestara el servicio únicamente a favor de tal entidad y el cargo del actor era Gerente de Proyecto, por lo que debía supervisar y verificar tal servicio; y que por lo anterior, y dado que no prosperó condena contra U.G.P.P., no es dable afectar la póliza de seguro, por ser estar la entidad beneficiaria y quien efectuó el llamado en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** expone que hay lugar al incremento salarial de 2017 y 2018, según jurisprudencia constitucional y la pérdida del valor adquisitivo del salario, con lo que se desmejoraría sus condiciones de vida; que no se tuvo en cuenta para liquidar la indemnización por despido sin justa causa los reajustes anuales de 2017 y 2018; que frente al numeral tercero de la pretensiones, se omitió pronunciamiento frente a los salarios no cancelados del mayo de 2018 a agosto de 2018 con el respectivo reajuste salarial; que las vacaciones que se solicitaron fueron desde el inicio del contrato hasta su terminación con el respectivo reajuste; que es dable declarar solidaridad, ya que, U.G.P.P. se dedica al reconocimiento de prestaciones económicas, ella admite que hace la respectiva investigación para el pago de estas, para lo que debe verificar la autenticidad de documentos; que en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, Decretos 169 de 2008, 5121 y 5052 de 2009, 575, 576, y 577 de 2013, se logra extraer el objeto, así como las de la U.G.P.P. y que cuenta con un departamento que se encarga del archivo; que diferente es que la entidad no cuente con el persona y deba salir al mercado para que algún tercero preste tal servicio; que en los estudios previos la U.G.P.P. manifiesta que realiza tal función, adelantando funciones administrativas en caso que se detecten irregularidades en el trámite pensional, así como realizar validaciones técnicas, seguimientos, llamadas para tal fin; que por lo anterior, resulta procedente sanción moratoria, en la medida que, se adeudan salarios y vacaciones al momento de la terminación del contrato; y que debe pagarse daño moral, dado que una finalización de la relación de forma intempestiva altera la condición de vida y el estado anímico de cada ser humano.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y U.G.P.P. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a reajustar el salario para los años 2017 y 2018 conforme al I.P.C. anual?, ¿se acreditó el pago de salarios de mayo a agosto de 2018 y de vacaciones?, ¿es factible imponer a CYZA OUTSOURCING S.A.S. sanción moratoria? ¿se encuentra debidamente demostrado el daño moral en virtud de la terminación del contrato de trabajo efectuado al demandante?, y ¿es solidariamente responsable de las condenas que se impongan a CYZA OUTSOURCING S.A.S., U.G.P.P.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Incrementos Anuales Conforme I.P.C.

Ha sido criterio pacífico de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia que, en tanto el salario no sea inferior al mínimo legal, el juez no puede ordenar su reajuste conforme al índice de precios al consumidor, pues no existe disposición normativa que así lo establezca (CSJ Rad, 15406 del 13 de marzo de 2001, CSJ Rad. 40759 del 26 de junio de 2015, CSJ SL1558-2016 y CSJ SL3481-2020).

Así las cosas, y como quiera que el salario del demandante siempre fue superior al mínimo legal mensual, no puede el juez del trabajo ordenar su indexación o el reajuste, porque no existe norma que así lo ordene, por

lo que, en consideración de tal fundamentación no se accederá a tal pedimento así como tampoco al reajuste de salarios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, en virtud de tal reajuste.

Salarios Insolutos y Vacaciones. Prescripción.

Ciertamente, establece el numeral tercero y cuarto de las pretensiones condenatorias del líbelo genitor que se debe reconocer las sumas de \$37'811.446 y \$11'461.161 por concepto de salarios del 01 de mayo al 01 de agosto de 2018 y vacaciones no canceladas desde el 01 de septiembre de 2016 al 01 de agosto de 2018, de acuerdo al reajuste salarial conforme al I.P.C.; por lo que, en tales condiciones, es dable estudiar si hay lugar al pago de salarios y vacaciones, no siendo así con el reajuste reclamado, pues como quedó visto, este no resulta procedente.

Al respecto, encuentra la Sala que, para que resulte procedente la condena por concepto de vacaciones, era necesario que el empleador demostrara su pago, concesión, acumulación o alguna forma de pago para entender acreditado la compensación de tal rubro, pues resultado de la existencia de una relación laboral es el consecuente pago de los derechos mínimos e irrenunciables que surgen de tal vinculación, como lo es el pago y/o reconocimiento de prestaciones sociales y vacaciones; siendo carga del empleador acreditar esto; misma lógica que resulta aplicable a los salarios que se alegan como insolutos, frente a los cuales debe demostrarse su correspondiente pago.

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

Así las cosas, la Sala procedió a verificar a revisar la documental allegada, no obstante, no se encuentra que se hubiera acreditado el pago, concesión, acumulación o alguna forma de pago para entender acreditado la compensación de las vacaciones, así como tampoco el reconocimiento de

los salarios pretendidos, por lo que ante la ausencia de material probatorio al respecto no queda otro camino que imponer condena por tales conceptos.

Al punto, encuentra la Sala que en el archivo 18, documento que contiene las pruebas atinentes al estado de liquidación de CYZA OUTSOURCING S.A.S., se allegó certificación emitida por el Director Administrativo y Financiero de esta empresa el 10 de octubre de 2018, en la que aduce que al demandante se le adeuda por concepto de nómina y liquidación –vacaciones e indemnización (sic)- al 01 de agosto de 2018, la suma de \$54'056.529, así como se puede avizorar que dicho valor fue incluido en la calificación y graduación de créditos de la pasiva (fls. 47, 58, 118 a 120, 123 y 126 del archivo 18).

De esta manera, para la Sala es claro que CYZA OUTSOURCING S.A.S. tenía claridad acerca de la deuda que presentaba frente a su trabajador, tanto que lo incluyó en el proceso de calificación y graduación de créditos, por lo que, se tiene que se adeuda por concepto de **salarios del 01 de mayo al 01 de agosto de 2018**, la suma de **\$34'350.570,80** y, frente a las **vacaciones de 2017 y 2018, \$5'662.182 y \$4'749.941,57**, respectivamente; sin embargo, y dado que la Sala carece de constancia del pago efectivo en el aludido proceso de calificación, se autorizará a la demandada para que en caso de haber pagado tales rubros, efectué las deducciones de rigor. En consecuencia, se **MODIFICARÁ la sentencia** a fin de ADICIONAR condena por los rubros mencionados y la autorización de deducción aludida.

Finalmente, frente a los rubros aludidos no se encuentra que hubiera operado la excepción de **prescripción**, puesto que el primero que se causa, es el salario de mayo de 2018, no obstante, se demandó el 05 de julio de 2019 (fl.173 del archivo 01), esto es, dentro de los tres años de que trata los artículos 151 del C.P.: y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T.

Sanción Moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, la Sala Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En todo caso, en sentencias CSJ SL2833-2017 y CSJ SL1186-2019 se indicó que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria una sociedad, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos del trabajador demandante.

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta de CYZA OUTSOURCING S.A.S., se considera que la condena que se impone por concepto de salarios puede dar lugar a la indemnización moratoria, pues ciertamente tal empresario se abstuvo de pagar estos a la terminación del contrato de trabajo.

Sin embargo, para la Sala tal condena no puede ir más allá del 21 de enero de 2021, pues como consta la comunicación visible a folio 16 del archivo 18, CYZA OUTSOURCING S.A.S. a través de su Promotor en el proceso de reorganización, puso en conocimiento de la Superintendencia de Sociedades el inventario de pasivos y créditos de la empresa, en donde

identificó los valores que adeudaba al demandante, lo que implicó que el empleador asumió de buena fe tal crédito, no obstante, dicha calificación de créditos fue objeto de objeciones, y sólo fue graduado y aceptado mediante Auto 2021-01-013205 del 22 de enero de 2021, tal como consta en el Auto 2021-01-701570 (archivo 18).

En tales condiciones y, para este específico caso, se denota que no existió mala fe en el actuar del empleador a partir de la graduación del crédito y de su aceptación a través del Auto 2021-01-013205 (fls. 210 a 229 del archivo 18), pues desde ese momento tal crédito no se encontraba a disposición del empleador, y tuvo como fin la superación de la crisis económica de la empresa, por lo que, en ese orden de ideas únicamente resultaba dable condenar por concepto de sanción moratoria hasta el día anterior a la expedición de tal auto, es decir, hasta el 21 de enero de 2021.

De igual manera, se encuentra que se demandó dentro de los dos años siguientes a la terminación del contrato de trabajo-01 de agosto de 2018-, esto es, el 05 de julio de 2019 (fl.173 del archivo 01), por lo que, la condena por concepto de indemnización moratoria corresponde a un día de salario por cada día de retardo por los 24 primeros meses- 01 de agosto de 2020-, y a partir del mes 25 y hasta el 21 de enero de 2021, intereses moratorios.

Así, tenemos que por concepto de sanción moratoria se adeuda un salario diario correspondiente a **\$377.478,80** desde el 02 de agosto de 2018 hasta el 01 de agosto de 2020, y a partir del 02 de agosto de 2020 y hasta el 21 de enero de 2021, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

Sobre el tópico, CSJ Rad. 36577 del 06 de mayo de 2010, CSJ Rad. 38.177 del 03 de mayo de 2011, y CSJ Rad. 46.385 del 25 de julio de 2012, reiteradas en la CSJ SL2805-2020 y CSL SL2307-2021, ha establecido que la intención del legislador con el artículo 65 del C.S.T. modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, concretamente para aquellos trabajadores que percibiesen una asignación mensual superior al salario mínimo, siempre y cuando interpusieran la demanda en los 24 meses

siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios.

Daño Moral.

Los daños morales son aquellos que resultan de las repercusiones económicas de las angustias o impactos psíquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso, así como aquellos daños que lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, y psíquicos, que no son susceptibles de describir.

Ahora bien, según CSJ SL572-2018 y CSJ SL2084-2023 para que resulte dable el reconocimiento de este tipo de perjuicios es necesario su acreditación; sin embargo, brilla por su ausencia material probatorio del que se puede establecer las aflicciones que generó en el demandante la terminación de su contrato de trabajo, así como elementos que puedan describir el perjuicio que eventualmente se le pudo haber ocasionado, tales como, la decepción, la tristeza, la impotencia y demás componentes propios del fuero interno del trabajador. Por ende, no se impondrá condena por dichos perjuicios.

Solidaridad.

El artículo 34 del C.S.T. establece que 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; que 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.

Por tanto, cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante. En ese sentido, para declarar la solidaridad es necesario: (i) la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente; (ii) el vínculo de carácter comercial entre esta última y la persona natural o jurídica que se beneficia de la actividad y (iii) la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos realizados con anterioridad.

Frente al último aspecto debe observarse que según CSJ SL7789-2016 y CSJ SL11172-2017, la relación de causalidad no surge del hecho que las labores del contratista independiente sean idénticas a las del dueño o beneficiario de la obra, pero tampoco cualquier actividad permite el nacimiento de aquel fenómeno jurídico, deben ser afines; Igualmente, CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

De esta manera, y descendiendo al caso concreto no existe controversia en cuanto al contrato de trabajo existente entre el demandante y CYZA OUTSOURCING S.A.S.; asimismo, se avizora que esta celebró el contrato 03-342-2016 con U.G.P.P. para prestar los servicios de seguridad documental que requieran las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones pensionales dentro del proceso de normalización de expedientes, así como frente a los hallazgos internos y externos, conforme los lineamientos establecidos por la Unidad (carpeta 08).

Del mismo modo, encontramos que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de Gerente de Proyecto, debiendo poner al servicio de CYZA OURSOURCING S.A.S. toda su capacidad normal de trabajo, en

forma exclusiva en el desempeño de funciones propias del oficio encomendado y en las labores anexas y complementarias del mismo de conformidad con las órdenes que le impartieran; entre otras.

Igualmente, se dispuso que las funciones del demandante como Gerente de Proyecto eran las siguientes: 1) Planear, dirigir y coordinar las actividades operativas y administrativas del proyecto donde se encuentran aplicados sus servicios, con el fin de satisfacer los requerimientos que sean contratados por CYZA OUTSOURCING S.A. con los diversos clientes, observando el Acuerdo de Servicio suscrito con el cliente y las instrucciones que imparta la Gerencia; 2) Apoyar al personal Directivo de la empresa en las coordinaciones administrativas y financieras que se requieran al interior de la compañía y de los proyectos que estén vigentes; 3) Gestionar la calidad de los procesos operativos y productivos, definiendo estándares de calidad; 4) Documentar los procesos operativos y productivos; 5) Aplicar procesos de control; 6) Detectar problemas y proponer medidas correctivas; 7) Coordinar las auditorias de mejora continua; 8) Redactar documentos diversos para la comunicación interna y externas de control; 9) Presentar los informes de gestión e indicadores mensuales; 10) Proporcionar la información solicitada, orientada sobre gestiones y situaciones de calidad de los procesos, según sea el caso; 11) Diseñar y mantener actualizado el tablero de control de la compañía; 12) Explicar y difundir la Política de Calidad de CYZA OUTSOURCING S.A. entre los funciones a cargo; 13) Presentar los informes de gestión e indicadores mensuales para la toma de decisiones y mejora continua; 14) Definir con la Coordinación de Talento Humano el Plan de Capacitación y supervisar su aplicación; 15) Velar por el diligenciamiento de los formatos de capacitación que correspondan; 16) Supervisar el cumplimiento de las directrices impartidas para el manejo documental de registros, información del sistema o técnica; 17) Supervisar el uso uniforme y actualizado de las aplicaciones de Calidad, Correspondencia y archivo; 18) Velar por el cumplimiento de las políticas de seguridad en el área de trabajo, inherentes a seguridad física, industria y de información; 19) Velar por el bienestar del equipo de trabajo; 20) Informar a la Gerencia de CYZA OUTSOURCING S.A. cualquier asunto relacionado con el mejoramiento de los procesos y la seguridad; 21) Identificar las necesidades de mejora de las actividades y procesos, y trabajarlas oportunamente con la Gerencia de

CYZA OUTSOURCING S.A.; y 22) Las demás funciones que sean inherentes al cargo, según instrucciones de Gerencia (fls. 7 a 13 del archivo 01).

Así mismo, el testigo **Adelson Aguirre Rodríguez** informó que el actor era su jefe directo; que este era Gerente de Proyecto, y tenía funciones de dirección del personal, rendir informes y establecer sus funciones como Analista de Grafología; que dentro de sus funciones se realizaban informes periciales que versaban sobre investigaciones administrativas para la obtención del derecho pensional, lo que debían entregar al actor para que los revisar y firmara; que luego, tales informes se enviaban al Área de Determinación, que es donde se manejaba toda la gestión pensional y daban el aval si la persona tenía derecho o no de adquirir su pensión; que recibían capacitaciones por parte de la U.G.P.P. porque debían tener conocimiento de todo lo relativo a pensiones y prestaciones sociales; que los funcionarios de la U.G.P.P. realizaban comités con los trabajadores de CYZA OUTSOURCING S.A.S., en los que se hacía un balance sobre lo que se había realizado, era una especie de rendición de cuentas que se hacía ante la Subdirectora; que en este comité participaba el demandante porque era el Jefe del Proyecto, y algunas veces citaban a los grafólogos; que a los expedientes se le realizaba un proceso de seguridad documental, lo que consistía en realizar un estudio de los documentos para determinar si carecen de autenticidad; que los informes de grafología se daban al actor como Gerente del Proyecto, para que revisara la información, luego, él enviaba ese informe a determinación para que se tomara una decisión sobre si los documentos eran válidos o no; y que el demandante realizaba supervisión de los informes periciales.

En este punto, se esclarece que dicho testigo ofrece credibilidad, pues fue estudiado a la luz del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, conforme al principio de la libre formación del convencimiento, sin que se hubiere encontrado ningún tipo de contradicción en su declaración.

Con los anteriores presupuestos, considera la Sala necesario verificar el objeto social de U.G.P.P., para determinar si debe responder en solidaridad, el cual es el siguiente conforme al artículo 2° del Decreto 575 de 2013:

“Artículo 2°. Objeto. En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.

Así mismo, la entidad tiene por objeto efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas.”.

Igualmente, y conforme al artículo 16 ejusdem:

“Artículo 16. Subdirección de Normalización de Expedientes Pensionales. Corresponde a la Subdirección de Normalización de Expedientes Pensionales desarrollar las siguientes funciones:

1. Verificar la documentación recibida según el tipo de la solicitud y requerir la complementación de los documentos faltantes para conformar el expediente pensional correspondiente.
2. Comprobar la autenticidad e idoneidad de la documentación soporte de cada solicitud.
3. Verificar y validar la información incorporada electrónicamente al archivo pensional de la Unidad.
4. Documentar e iniciar las acciones correspondientes para subsanar las inconsistencias encontradas en las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y novedades de nómina y realizar el seguimiento a las medidas tomadas.
5. Proveer a la Subdirección de Nómina de Pensionados la documentación e información requerida para la liquidación de las novedades de nómina debidamente validada y verificada, cumpliendo con los requisitos documentales y de seguridad establecidos por la Unidad.
6. Proveer a la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales la documentación e información requerida para el subproceso de sustanciación debidamente validada y verificada, cumpliendo con los requisitos documentales y de seguridad establecidos por la Unidad.
7. Emitir los autos de archivo correspondientes cuando una vez realizada al peticionario la solicitud de completitud de documentos, no se allegue la respuesta dentro del término legal establecido.
8. Garantizar que los procesos a su cargo respondan a los lineamientos establecidos en el Sistema Integrado de Gestión (SIG), haciendo seguimiento al cumplimiento de las metas e indicadores establecidos.

Demandante: **PEDRO ANTONIO NIVIAYO CASAS.**

Demandado: **CYZA OUTSOURCING S.A.S. Y U.G.P.P.**

9. Participar en el proceso de identificación, medición y control de los riesgos operativos relacionados con los procesos a su cargo y verificar las acciones, tratamientos y controles implementados.

10. Las demás que se le asignen y que correspondan a la naturaleza de la dependencia”.

De esta manera, para la Sala es claro que las actividades que desarrollaba el demandante al servicio de CYZA OUTSOURCING S.A.S. hacían parte del objeto social de U.G.P.P., pues sus funciones tenían relación este, ya que, como quedo visto era aquel que realizaba la supervisión del contrato 03-342-2016 que tuvo como fin la prestación de servicios de seguridad documental que requieran las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones pensionales dentro del proceso de normalización de expedientes, así como frente a los hallazgos internos y externos, lo que según lo expuesto por el testigo Adelson Aguirre Rodríguez consistía en revisar los informes periciales que versaban sobre las investigaciones administrativas y verificación de documentos que se entregaban por afiliados para la obtención de un derecho pensional; actividad que como quedó visto no es ajena a la Subdirección de Normalización de Expedientes Pensionales de la U.G.P.P.

En consecuencia, atendiendo que la función que desarrolló el actor no es extraña al objeto social de U.G.P.P. se **REVOCARÁ el numeral tercero** de la sentencia, y en su lugar, se declarará la solidaridad deprecada.

Responsabilidad de la Llamada en Garantía.

U.G.P.P. llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., teniendo como fundamento la póliza N° 36-44-101035726 (fls. 251 a 254 del archivo 01).

Ahora bien, la póliza N° 36-44-101035726 fue tomada por CYZA OUTSOURCING S.A.S. teniendo como beneficiario o asegurado a U.G.P.P., con vigencia del 27 de septiembre de 2016 al 31 de julio de 2017, estableciendo como amparo el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del contrato N° 03-342-2016, expresando que sus amparos incluye pago de salarios,

prestaciones sociales e indemnizaciones laborales (fls. 38 a 65 del archivo 15).

En ese orden de ideas, considera la Sala que las condenas impuestas por concepto de salario, indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria, tienen cobertura en la aludida póliza, no siendo así con las vacaciones.

Por lo antes dicho, se **REVOCARÁ el numeral tercero** de la sentencia en su lugar, y en su lugar se **CONDENARÁ** a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a responder por la condena impuesta en solidaridad contra U.G.P.P. con base en la afectación de la póliza N° 36-44-101035726, sobre salarios insolutos, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, hasta el límite del monto asegurado.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR la sentencia,** en el sentido de ADICIONAR que CYZA OUTSOURCING S.A.S. debe reconocer y pagar a favor de PEDRO ANTONIO NIVIAYO CASAS por concepto de **salarios insolutos del 01 de mayo de 2018 al 01 de agosto de 2018, \$34'350.570,80,** y por concepto de **vacaciones de 2017 y 2018, \$5'662.182 y \$4'749.941,57** respectivamente. Se AUTORIZA a CYZA OUTSOURCING S.A.S. para que en caso de haber pagado tales rubros, efectué las deducciones de rigor.

Demandante: **PEDRO ANTONIO NIVIAYO CASAS.**

Demandado: **CYZA OUTSOURCING S.A.S. Y U.G.P.P.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR la sentencia**, en el sentido de ADICIONAR que CYZA OUTSOURCING S.A.S., debe reconocer y pagar a favor de PEDRO ANTONIO NIVIAYO CASAS por concepto de **indemnización moratoria**, la suma diaria de \$377.478,80 desde el 02 de agosto de 2018 hasta el 01 de agosto de 2020, y a partir del 02 de agosto de 2020 y hasta el 21 de enero de 2021, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

TERCERO. – **REVOCAR el numeral tercero** de la sentencia. En su lugar, se DECLARA que las condenas que se imponen a cargo de CYZA OUTSOURCING S.A.S., es **solidariamente responsable U.G.P.P.** Igualmente, se **CONDENA** a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** a responder por la condena impuesta en solidaridad contra U.G.P.P. con base en la afectación de la póliza N° 36-44-101035726, sobre salarios insolutos, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, hasta el límite del monto asegurado.

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

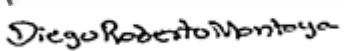
QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

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

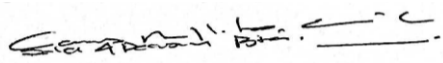
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00791-01.

Demandante: **BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO Y OTROS.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO, ARTURO ARGEMIRO CASTELBLANCO VESGA, y ANA MILENA ROJAS REYES** contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 11 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que los recurrentes adelantan contra **AVIANCA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes solicitan el reajuste de su pensión, incluyendo dentro de su I.B.L. el factor salarial por viáticos por alojamiento causados en el último año de servicios; retroactivo; mayor valor de la pensión; intereses moratorios; e indexación.

Subsidiariamente, solicitó cálculo actuarial o el valor diferencial con destino a COLPENSIONES, de los salarios percibidos los últimos diez años de servicios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO, ARTURO ARGEMIRO CASTELBLANCO VESGA, y ANA MILENA ROJAS REYES laboraron al servicio de la demandada como Auxiliares de Vuelo, del 28 de junio de 1980 al 18 de marzo de 2004, del 03 de mayo de 1975 al 17 de marzo de 2004, y del 22 de septiembre de 1980 al 13 de abril de 2004, respectivamente; **2)** Se les pagaba un salario variable que estaba compuesto por viáticos por alojamiento de origen convencional- visible también en el Manual de Auxiliares de Vuelo-; rubro que se pagaba a los diferentes hoteles donde se contrató el servicio de alojamiento para tripulantes, empero, no fueron reportados como salario a las entidades de seguridad social; **3)** BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO se pensionó el 01 de febrero de 2004, mientras que ARTURO ARGEMIRO CASTELBLANCO VESGA y ANA MILENA ROJAS REYES lo hicieron el 18 de febrero de 2004; todos por acuerdo conciliatorio, en el que lo único que se aceptó fue un plan de retiro para la terminación del contrato de trabajo, a cambio de una pensión temporal y anticipada; **4)** Mediante derecho de petición, solicitaron la inclusión de los viáticos por alojamiento como salario; sin embargo, la demandada dio respuesta de manera parcial, pues si bien aportó los itinerarios de vuelo, salarios y liquidaciones definitivas, no certificó el valor pagado por alojamiento y se negó a entregar los contratos hoteleros, dado su carácter de confidencialidad; **5)** Con los documentos aludidos, se acudió a perito calculista, quien estableció los valores que se adeudaba por tal factor salarial a cada uno de los demandantes; y **6)** El I.S.S. les reconoció pensión de vejez con los valores deficientemente aportados por la demandada.

2. Respuesta a la Demanda.

AVIANCA S.A. (fls. 462 a 472 del archivos 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo las de prescripción y la de compensación.

Aceptó que el salario era variable y que los viáticos se pagaban en la medida que se causaran; los derechos de petición que elevaron los demandantes; y el carácter convencional de los viáticos por alojamiento, así como su inclusión en el Manual de Auxiliares de Vuelo.

Adujo que realizó los aportes a pensión con el salario efectuado por los demandantes; que se afirma que no se pagaron los días pernoctados, sin embargo, no se aportaron elementos probatorios que permita establecer los itinerarios, días pernoctados o valores que no le fueron cancelados; y que operó cosa juzgada, puesto que en conciliación llevada a cabo ante el Ministerio de la Protección Social se dejó a paz y salvo a la empresa de todo concepto laboral.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y AVIANCA S.A., así como que se les reconoció una pensión de jubilación voluntaria, y luego, por parte del I.S.S. una de carácter legal; que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada, como quiera que, el plan de retiro se suscribió voluntariamente por los demandantes y en este se concilió expresamente todos los derechos inciertos y discutibles que tuvieran como causa el contrato de trabajo, incluyendo, toda clase de salarios en dinero o especie, prestaciones sociales legales y extralegales, deducciones salariales, indemnizaciones, entre otras acreencias que tuvieran origen en la relación laboral; que aunado a ello, en dicho plan, se tuvo en cuenta el acuerdo convencional suscrito entre AVIANCA S.A. y ACDAC, donde se establece la posibilidad de que se otorgue una pensión voluntaria, la que por tratarse de un derecho incierto, es voluntario, anticipado y temporal, y por ende, no se trataba de un derecho adquirido, por demás que no provenía de una fuente legal que obligara a su reconocimiento y pago; que en el plan de retiro quedó expresamente plasmado los conceptos referidos a viáticos; que no se encaminó la demanda frente al desconocimiento de los rubros pactados en las diversas conciliaciones ni se ataca su validez; que en todo caso la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en estos asuntos no es dable determinar con certeza los alojamientos, no es posible realizar suposiciones ni reconocer tal concepto como salario, carga probatoria que le asiste a la parte actora; que en el caso, no se acreditó fehacientemente que el demandante pernoctaba en cada uno de los vuelos que le asignaron; y que

en suma no se logró recaudar la totalidad de los contratos hoteleros para su correspondiente liquidación.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que, el artículo 130 del C.S.T. estableció que los viáticos era salario en lo referente a manutención y alojamiento, justamente para compensar las molestias que sufre el trabajador al ausentarse de su domicilio; que en la exposición de motivos de esta norma se estableció que se corría el riesgo que se establecieran estructuras contractuales para mantener al trabajador al margen de la información, es por ello, que el numeral segundo estableció que *“Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos”*, por lo que, no puede recaer en cabeza del trabajador la falta de control por parte del empleador de los respectivos alojamientos; que en sentencia SU-129 de 2019 (sic) se hizo un llamado a los jueces laborales, para invertir la carga de la prueba cuando existe la convicción de la existencia del derecho- lo que se concluye de la sentencia es que puede que existiera el derecho, pero no se probó- y decretar las pruebas de oficio por parte del juez, pues no se puede dejar el fallo huérfano; que en los desprendibles de pago se demuestra que sólo se estaban pagando viáticos por manutención; que los malos manejos administrativos se los están endilgando al trabajador; que si el trabajador está diciendo que siempre se quedó en los hoteles, a quien le correspondía demostrar lo contrario era a la demandada; que si bien no se logró el recaudo de la totalidad de los contratos hoteleros, se podía imputar salarialmente sobre los que sí existía; que el artículo 167 del C.G.P. obligaba al juez a distribuir la carga de la prueba y, no se hizo; que el dictamen pericial se descartó porque la juzgadora adujo que tenía el conocimiento técnico para efectuar la liquidación, por demás que este estudio tuvo como base los mismos contratos hoteleros que allegó la empresa; que se cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2015, en donde aún no existía la inversión de la carga de la prueba contemplada en el Código General del Proceso; que pese a que es desproporcionado exigir que se pruebe lo que el empleador paga por contratos hoteleros, se aportaron asignaciones de vuelo, y donde además no se extrae que los trabajadores no hicieron uso de los hoteles; que lo que sucede generalmente es que los trabajadores se quedan

en los hoteles, y esto hace que se presuma tal hecho; que de la conducta procesal de las partes se puede extraer conclusiones, no obstante, aquí nada se dice del abuso del derecho de defensa; que frente al objeto conciliado, se ha dicho reiteradamente que, las pensiones cualquiera que sea está sujeta a la reliquidación por inclusión de factores salariales, por demás que el empleador al momento de reconocer la pensión señaló que seguiría realizando el pago de aportes hasta que se cumpla la edad pensional; que no puede haber cosa juzgada sobre un derecho cierto e irrenunciable, por demás que los viáticos no quedaron dentro del objeto conciliado, y no fueron incluidos los de alojamiento dentro de los derechos pensionales, sólo los de manutención; y que el plan de retiro únicamente cobijó la terminación anticipada del contrato de trabajo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de septiembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a tener como factor salarial para reajustar las pensiones de los demandantes los viáticos que estos percibieron, pese a que entre estos y AVIANCA S.A. se celebró un plan de retiro?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Cosa juzgada.

La conciliación es un mecanismo legítimo para la finalización de un conflicto presente o futuro entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento de los intervinientes; su objeto y causa sean lícitos; no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles y no produzca lesión a la Constitución o la ley.

Al respecto, CSJ Rad. 17918 del 13 de marzo de 2002, CSJ Rad. 38582 del 08 de mayo de 2013, CSJ SL9661-2017 y CSJ SL062-2018, ha establecido *“que antes de celebrar una conciliación, debe la parte que la intenta revisar muy bien su contenido y alcances, pues se trata de un acto serio y solemne que una vez aprobada por la autoridad competente produce efectos de cosa juzgada, que en principio impide su revisión judicial ulterior”*.

De igual manera, CSJ SL18096-2016, reiterada en CSJ SL11339-2017, CSJ SL8301-2017 y CSJ SL8564-2017, explicó que en un acuerdo conciliatorio, bien sea que hubiere sido presentado ante un juez, funcionario administrativo o delegado por ley para esas funciones, pueden tocarse temas del derecho laboral ordinario donde se acuerden puntos específicos de orden legal, convencional o voluntariamente concedidos por el empleador o relacionados con la Seguridad Social; pero que, de todas formas, hacen tránsito a cosa juzgada; que son las partes, y solo ellas, las que llegan al acuerdo, el funcionario le imprime su aprobación formal y en adelante el documento que lo contiene, goza de la presunción de validez; que la aprobación del funcionario se supedita a verificar que lo consignado fue lo que realmente se acordó y si no se violan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, de manera que, si se considera que no se presenta dicha violación, debe aprobar el pacto y hacer las advertencias sobre los efectos

de cosa juzgada que desde ese momento lo amparan; que cuando se dice que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, se está asegurando que no podrá adelantarse contra ella acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados, pues de hacerse, el juez deberá declarar probada, aún de oficio, la excepción de cosa juzgada; y que esto, debido a que el acta de conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia.

De esta manera, es claro que las conciliaciones celebradas quedan revestidas por la fuerza de la cosa juzgada, esto es, por la imposibilidad de discutir y, mucho menos, enervar sus efectos dentro de un proceso, con tal suerte que adquiere las características de definitividad e inmutabilidad; ello, a menos que se demande la existencia de un vicio en el consentimiento de los intervinientes, su objeto y causa sean ilícitos, se desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles y, se produzca lesión a la Constitución o la ley.

En todo caso, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del C.G.P., la conciliación debe gozar de una triple identidad para predicar la existencia de cosa juzgada; (i) personas o sujetos, de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) objeto o cosa pedida, esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama, y de (iii) causa para pedir, es decir, el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado (CSJ SL1686-2017).

Descendiendo al caso, se encuentra que a los demandantes, BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO, ARTURO ARGEMIRO CASTELBLANCO VESGA, y ANA MILENA ROJAS REYES, se les dio terminación de su contrato de trabajo previa celebración de acta de conciliación con AVIANCA S.A. ante el Ministerio de la Protección Social en las que se dispuso expresamente (fls. 248 a 260 del archivo 01):

“PRIMERO: EL TRABAJADOR, laboró para LA EMPRESA durante el tiempo comprendido entre (...) en forma continua, a través de un contrato de trabajo y en razón a la propuesta de un plan de pensión anticipada presentado por la empresa y acordada con la ACAV según acta de acuerdo convencional del 2 de Octubre de 2003, decide de manera libre y voluntaria dar por terminado el contrato de trabajo a partir del día (...), decisión que al ser aceptada por la empresa convierte la terminación del contrato en mutuo consentimiento.

Demandante: **BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO Y OTROS.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

SEGUNDA: La empresa reconocerá por esta conciliación al trabajador una pensión de carácter temporal por la suma de (...), mensuales (75% de su salario promedio del último año) a partir del (...), correspondiente a un total de 14 mesadas (Doce, una por cada mes y 2 adicionales pagaderas así una en Junio y otra en Diciembre). Esta pensión tendrá los incrementos que decreta el gobierno nacional para las pensiones a partir del 1 enero de 2.004, así como también para los años subsiguientes. En caso de que al momento del retiro el promedio salarial del último año se hubiese aumentado el valor de esta pensión será reajustado.

Esta pensión se causará hasta la fecha en que se reconozca por parte del ISS o el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador o hasta el momento de su muerte o hasta el momento de su invalidez, lo que ocurra primero, en cualquiera de estos casos Avianca quedará completamente exonerada de cualquier obligación, siempre y cuando que la pensión reconocida por el ISS o el Fondo Privado de Pensiones respectivo sea igual o mayor.

(...) **CUARTA:** Que como consecuencia de la celebración, ejecución y terminación del contrato de trabajo que existió entre las partes, el trabajador y la empresa declaran que concilian en este acto todos los derechos inciertos y discutibles que tuviesen como causa directa o indirecta el contrato de trabajo que existió entre las partes, por lo tanto, sin exclusión alguna se concilian: toda clase de salarios en dinero o en especie, prestaciones sociales comunes, convencionales y especiales, aportes a la seguridad social, derechos originados de coexistencia de contratos y pagos realizados por cuenta de terceros, deducciones y retenciones de salario y prestaciones sin autorización, toda clase de indemnizaciones cualquiera que sea su causa o razón y entre estas la prevista en la ley por terminación del contrato de trabajo, así como la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo o la que ha establecido el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, o aquella referida a toda clase de perjuicios morales, materiales o de diversa índole, auxilio de cesantías y sus intereses, recargos, descansos, viáticos, vacaciones, dominicales y festivos, trabajo suplementario, comisiones, incentivos, bonificaciones, toda clase de primas de orden legal, convencional o extralegal y su incidencia en la liquidación de otros derechos, pleitos pendientes, pleitos o procesos pendientes, o en trámite y tal como se dijo todo proceso, acción, derecho o pretensión que directa o indirectamente tenga como causa el contrato de trabajo que existió entre las partes, pues, es su intención conciliar transigir con ésta pensión voluntaria, anticipada y temporal cualquier derecho que tuviere a su favor.

(...)

AUTO

Así las cosas, el Despacho (sic) le imparte su aprobación a la conciliación anterior y advierte a las partes que ésta (sic) tiene fuerza de cosa juzgada y presta merito ejecutivo de conformidad con los artículos 19 y 78 del Código de Procedimiento Laboral y 28 de la Ley 640 de 2001, a excepción de lo previsto en la cláusula tercera que se hará efectiva cuando el trabajador firme la liquidación final de prestaciones sociales y declare a paz y salvo a la Empresa.”

Sobre la interpretación de dicha acta de conciliación, CSJ SL773-2023 tuvo la oportunidad de pronunciarse, señalando lo siguiente:

Demandante: **BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO Y OTROS.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

“Lo primero que salta a la vista, es que la conciliación tuvo como base un acta de acuerdo convencional firmado entre el sindicato y la empresa, el cual es visible a folios 162 a 185, y que, al tenor de su artículo 4, hace parte de la convención y los contratos de trabajo. Este acuerdo consagró lo que denominó «*plan de jubilación voluntaria, anticipada y temporal*», y fue descrito así:

[...]

La empresa determina por una sola vez, un Plan de Jubilación Anticipada, voluntaria y temporal que se va a aplicar a los siguientes Tripulantes de Cabina de Pasajeros y bajo las siguientes condiciones:

Mujeres: 48 años de edad y 20 años de servicio, o 30 años de servicio y cualquier edad.

Hombres: 53 años de edad y 20 años de servicio, o 30 años de servicio y cualquier edad.

Quienes cumplan los requisitos de edad y tiempo descritos en los dos puntos anteriores hasta el 31 de diciembre de 2003.

El valor de la mesada pensional corresponderá al 75% del promedio de sus Ingresos salariales mensuales durante último año. Este promedio se calculará una vez el Tripulante de Cabina de Pasajeros concilie con la empresa su Plan de Jubilación Anticipada.

La fecha para empezar a disfrutar la Jubilación Anticipada dependerá de los periodos de vacaciones pendientes, los días de vacaciones pendientes de bonificaciones por antigüedad (días de lustros) y las necesidades de personal de Tripulante de Cabina de Pasajeros para cumplir la operación.

La fecha para solicitar acogerse al Plan de Jubilación Anticipada será del 15 al 31 de octubre de 2003. Solicitud que deberá ser presentada en las oficinas de Talento Humano de la empresa en la ciudad de Bogotá.
(Subrayado de esta Sala).

[...].

Al analizar el acta, en concordancia con el acuerdo de 2003, **la Sala concluye que, contrario a lo esgrimido por la recurrente, en modo alguno lo conciliado fue «la estabilidad laboral» como lo aduce, pues lo verdaderamente pactado fue la forma de terminación del contrato, así como el reconocimiento de un derecho pensional libre, autónomo y no regulado por las normas convencionales ni legales. A decir verdad, de los textos examinados no es posible desprender que la demandante tuviera un derecho adquirido al otorgamiento de esa prestación, pues para su surgimiento necesariamente debía acogerse libremente al plan, previo el cumplimiento de unos requisitos.**

En otras palabras, el hecho de que en el texto convencional se haya plasmado un plan de jubilación, no aparejaba indefectiblemente la existencia de un derecho cierto e indiscutible. Para que ello se produjera, era menester no solo que la trabajadora tuviera 48 años de edad y 20 de servicio, o 30 años de servicio y cualquier edad, sino que **también era necesario que manifestara su deseo de recibir la prestación ante la oficina de talento humano de la empresa «del 15 al 31 de octubre de 2003».** En esa medida, si la demandante no hizo tal manifestación, ningún derecho afloró en su favor.

Conforme a lo anterior, no erró el Tribunal cuando consideró que estaba ante un derecho incierto que podía ser objeto de conciliación, pues, en definitiva, **no se transó una pensión** que existía por derecho propio de origen convencional, ni mucho menos legal, dado que el acuerdo dejó claro que el ISS subrogaría el riesgo de vejez conforme a las previsiones del

sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, reformada por la 797 de 2003.

La Corte considera además que el objeto de la presente litis, que no es otro que **la reliquidación del IBL de la pensión voluntaria de marras, también fue materia de lo convenido, pues, como se extrae del artículo cuarto de la conciliación, se enlistaron una serie de reclamos eventuales y futuros que se declararon expresamente pactados como acordados y transados, entre ellos, el de viáticos y «su incidencia en la liquidación de otros derechos» que «directa o indirectamente tenga como causa el contrato de trabajo que existió entre las partes»,** siendo evidente que la pensión voluntaria que pretende reliquidarse es consecuencia directa de la existencia de dicho contrato, **y que lo que se pretende aquí es precisamente la incidencia de los viáticos por alojamiento en el IBL de la pensión.**

Por consiguiente, le asistió la razón al fallador de alzada cuando dedujo con claridad del texto acordado, que las pretensiones de la demanda habían sido materia de la conciliación, y por ende, que esta tenía efectos de cosa juzgada, conclusión probatoria que en rigor jurídico no puede calificarse como ostensiblemente desacertada, ni violatoria de los principios de consonancia y congruencia como se le enrostra, pues esta fue una defensa transversal del accionado, planteada desde la contestación de la demanda, y expuesta como alegatos que sustentaron su impugnación”. (Negrillas por la Sala).

Al respecto, advierte esta Sala de decisión de comparte plenamente lo dispuesto en la sentencia trasunta, pues ciertamente dentro del acuerdo conciliatoria los demandantes declararon su intención de conciliar o transigir con la pensión voluntaria, anticipada y temporal cualquier derecho que tuvieran a su favor. En ese sentido indicó que, conciliaban todos los derechos inciertos y discutibles que tuviesen como causa directa o indirecta el contrato de trabajo, incluyendo toda clase de salarios en dinero o en especie, comisiones, incentivos, bonificaciones, y toda clase de primas de orden legal, convencional o extralegal y su incidencia en la liquidación de otros derechos, pleitos pendientes, pleitos o procesos pendientes, o en trámite, proceso, acción, derecho o pretensión que directa o indirectamente tenga como causa el contrato de trabajo que existió entre las partes; por ende, es dable predicar que existió identidad de partes, objeto y causa.

En suma, ciertamente la celebración de tal conciliación no versó sobre la pensión, así como tampoco es dable establecer que esta se trataba de un derecho adquirido al otorgamiento de la prestación de forma voluntaria, pues como bien lo advierte la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para el surgimiento de la pensión de jubilación convencional necesariamente debían cumplirse unos parámetros, como lo son, cumplimiento de edad y 20 de servicios, o 30 años de servicio sin

importar la edad, así como efectuar la manifestación o el deseo de recibir la prestación ante la oficina de talento humano de la empresa del 15 al 31 de octubre de 2003 (fls. 119 a 226 del archivo 01); último requisito que claramente no se acreditó, puesto que no se evidencia en el plenario que los demandantes hicieron tal manifestación, de modo que, no es posible predicar la causación de una pensión ni que se estaba frente a un derecho adquirido, por lo que, en tal medida podían ser objeto de conciliación aquellos derechos inciertos y discutibles, como lo es la posibilidad de tener los viáticos por alojamiento, los que por demás se encuentran incluidos dentro de tales acuerdos conciliatorios, pues se hace alusión expresamente a “viáticos y su incidencia en la liquidación de otros derechos”, no sólo a viáticos por manutención, sino a la integridad de este tipo de rubros.

En igual sentido, se encuentra que cada uno de los demandantes causó su pensión legal con posterioridad a la celebración de tal acuerdo-2004-, pues ANA MILENA ROJAS REYES cumplió la edad de pensión el 04 de diciembre de 2008, BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO el 06 de diciembre de 2008, y ARTURO ARGEMIRO CASTELBLANCO VESGA el 23 de agosto de 2010 (fls. 59, 60, 80 a 82 y 104 a 107 del archivo 01)

En ese orden de ideas, no es posible predicar que la conciliación que se celebró entre las partes se cimentó en derechos mínimos ciertos e indiscutibles. Por las mismas razones, no se considera que las actas de conciliación en estudio resultaran contrarias a la Constitución o la Ley, así como tampoco se encontró que el objeto y causa de las mismas fueran ilícitas.

En consecuencia, se considera acertada la sentencia, y por ende, se CONFIRMARÁ, pues al margen que los viáticos por alojamiento puedan ser considerados salario, esta discusión las partes las zanjaron con la celebración de un acuerdo conciliatorio.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de los demandantes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00791-01.

Demandante: **BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO Y OTROS.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá 11 de mayo de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de los demandantes.

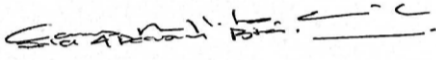
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00791-01.

Demandante: **BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO Y OTROS.**

Demandado: **AVIANCA S.A.**

AUTO

Se señalan a cargo de BELISARIO VÁSQUEZ NAVARRO, ARTURO ARGEMIRO CASTELBLANCO VESGA, y ANA MILENA ROJAS REYES como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cada uno de estos.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written in a cursive style.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00899 -01.

Demandante: **CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ.**

Demandado: **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ambas partes** contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 03 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **CESAR HUMERTO INFANTA RODRÍGUEZ** adelanta contra **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO y REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 23 de junio de 2007 al 24 de agosto de 2017 con los demandados; que la relación finiquitó de forma unilateral y sin justa causa; y que su último salario fue la suma de \$1'200.000. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud y pensiones, salarios dejados de percibir, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar mediante contrato verbal a término indefinido el 23 de junio 2007, cumpliendo funciones de Mayoral o Mayordomo en la finca La Moya ubicado en Nemocon- Cundinamarca y, que es propiedad de los demandados; **2)** Cumplía órdenes suministradas por los demandados, cumplía un horario de trabajo de 24/7, puesto que vivía en la finca; **3)** El 24 de agosto de 2017 los demandados dieron por terminado su contrato de trabajo y tras diversas amenazas de muerte realizadas por REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL; **4)** El 22 de septiembre de 2019 presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación; **5)** Devengaba \$1'200.000; no obstante, el salario pagado fue para 2007, \$433.700, 2008, \$461.500, 2009, \$496.900, 2010, \$515.000, 2011, \$535.600, 2012, \$566.700 y 2013 a 2017, \$200.000; **6)** El cambio de salario obedece a que se le empezó a pagar seguridad social; **7)** Tuvo las funciones de barrer la finca, lavar el patio, mantener el prado con la maquina guadañadora, realizar el riego de la finca, vigilar la entrada de la finca, encerrar y dar de comer a los toros de casta, guiar los becerros machos al salir de la finca, sacar a pastear las vacas y darles agua y concentrados, dar de comer a los cerdos de engorde y limpiar sus desechos, alimentar a los cerdos de cría, estar pendiente de los horarios de parto para recibir los lechones y cortar el ombligo, atender partos de las cerdas e inyectarles drogas de hierro (un parto tiene duración aproximada de cuatro a seis horas), cuidado de gallinas ponedoras, (dar de comer y beber, echar aserrín, recoger los huevos), cuidado de yeguas (cortarles pasto, peinarlas, evitarles estrés para evitar pérdidas de los potros bebes, mantenerles suficiente comida, bañarlas, luego de los 25 meses iniciar el proceso para domarlas o amansar para montarlas), mantenimiento de cercas (cortas postes de dos metros de largos y enterrarlos 80 cm, construir cerca o pasarela por un potrero con alambres de púas), y cortar las matas que obstruyen el crecimiento del pasto; **8)** Los implementos de trabajo fueron proporcionados por los demandados; y **9)** No le pagaron prestaciones sociales, ni le concedieron vacaciones, así como tampoco se realizaron aportes a seguridad social de 2007 a 2011.

2. Respuesta a la Demanda.

BLANCA CECILIA BERNAL FORERO y REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL aceptó el cargo del actor, la naturaleza del contrato, y el suministro de implementos de trabajo.

Adujeron que el vínculo laboral inició el 29 de junio de 2011; que quien contrató al actor fue REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL; que el actor no acataba las órdenes de este; que el demandante abandonó su lugar de trabajo sin ningún tipo de explicación y con el agravante que hurtó unos activos de su empleador; que el salario era el mínimo legal; que pagó las acreencias laborales a su cargo, así como la seguridad social; y que no había un servicio exclusivo por parte del trabajador.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre CESAR HUMBERTO y BLANCA CECILIA BERNAL y REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL, comprendido entre el 29 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2017, en el cargo de mayordomo y con una asignación salarial mensual del salario mínimo legal mensual vigente, correspondiente para cada anualidad.

SEGUNDO: CONDENAR a BLANCA CECILIA BERNAL y a REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL a PAGAR a CESAR HUMBERTO INFANTE por concepto de salarios dejados de percibir, en cuantía de \$12.600.467 correspondiente del 22 de agosto de 2016 al 24 de agosto de 2017.

TERCERO: CONDENAR a BLANCA CECILIA BERNAL y REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL a PAGAR a CESAR HUMBERTO INFANTE las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que se indican a continuación, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia:

Auxilio de cesantía: \$825.417

Intereses sobre la cesantía: \$99.050

Prima de servicios: \$479.516

CUARTO: CONDENAR a BLANCA CECILIA BERNAL y a REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL a PAGAR a CESAR HUMBERTO INFANTE el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a partir del 24 de agosto de 2017, esto durante los dos primeros años, la suma diaria de \$24.590, y a partir del mes 25, intereses moratorios establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Demandante: **CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ.**

Demandado: **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO Y OTRO.**

QUINTO: CONDENAR a BLANCA CECILIA BERNAL y a REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL a PAGAR a CESAR HUMBERTO INFANTE al pago de la INDEMNIZACION POR NO PAGO OPORTUNO DE LAS CESANTIAS ART. 99 LEY 50 DE 1990 por valor de \$4'657.510

SEXTO: DECLARAR probada la excepción propuesta de PRESCRIPCION, el Despacho se releva del estudio de las demás excepciones por sustracción de materia.

SÉPTIMO: ABSOLVER a BLANCA CECILIA BERNAL y a REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL de las demás pretensiones incoadas por CESAR HUMBERTO INFANTE.

OCTAVO: CONDENAR en costas a BLANCA CECILIA BERNAL y a REINALDO ALFONSO GOMEZ BERNAL. Tásense. Conforme lo motivado.

Para arribar a la anterior decisión señaló, luego de hacer alusión al acervo probatorio que, está acreditado que el demandante tuvo un contrato de trabajo con los demandados entre el 29 de junio de 2011 y el 24 de agosto de 2017, como Mayordomo, con un salario mínimo; que operó la excepción de prescripción, dado que se demandó el 23 de agosto de 2019, por lo que, se extinguieron las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2016; que no se acreditaron los salarios del 22 de agosto de 2016 al 24 de agosto de 2017, siendo procedente su pago por la suma de \$12.600.467; que no se acreditó el hecho del despido, por lo que, no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa; que el demandado confesó la falta de pago la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que, procede su pago; que se allegó documental que da cuenta del pago de vacaciones; que hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías al no haberse acreditado su pago en un fondo, al igual que la indemnización moratoria, puesto que no se avizora buena fe por parte del empleador al sustraerse de sus obligaciones; y que se acreditó el pago de aportes a pensión.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** expuso que está acreditado que desde 2007, la señora BLANCA BERNAL fue empleadora del actor, lo que se puede colegir tanto de las documentales como del interrogatorio de parte y del testigo compareciente; que hay derechos imprescriptibles como lo es el tema de los aportes a pensión, los que no se acreditaron de 2007 a 2011; que se debió dar aplicación a las facultades *ultra* y *extra petita*, para condenar a horas extras, dominicales y festivos, ya que se confesó por parte del demandando

que el actor trabajaba de domingo a domingo y que debía atender todo el tiempo la finca; que frente a la sanción por despido sin justa causa no se tuvo en cuenta que, el actor manifestó que salió por amenazas del demandado, y el hecho de que tuviera otro trabajo, no desvirtúa la terminación del contrato de trabajo; y que la prescripción se vio interrumpida por la presentación de la demanda, debiéndose reliquidar las condenas desde el año 2017 hacia atrás, por demás que frente a las cesantías tal término se debió contabilizar desde la terminación de la relación laboral.

Por su parte, los **demandados** arguyeron que BLANCA CECILIA BERNAL FORERO no fue empleadora, pues la prueba documental sólo da cuenta que el único empleador fue su codemandado, quien era quien pagaba las diversas acreencias laborales, quien por demás no tenía un ánimo de impartir órdenes ni ejercer subordinación, lo que no aparece demostrado; que también se encuentran prescritos los salarios y prestaciones sociales de 2016, pues si bien se demandó el 23 de agosto de 2019, no se notificó la admisión dentro del año siguiente, según lo dispuesto en el artículo 94 del C.G.P., ya que, se notificaron personalmente hasta el 23 de septiembre de 2021; que no hay lugar a sanción moratoria, dado que la relación laboral finiquito por actos delictuosos efectuados por el demandante, de lo cual ha sido imputado y acusado ante la justicia penal, por demás que hubo incumplimientos contractuales por parte de este, pues abandonó el lugar de trabajo, prestaba servicios a otras personas, y sustrajo elementos de la finca; y que se debe tener en cuenta que la normatividad laboral dispone la pérdida de las cesantías por hechos delictuosos.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para afirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en

el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se encuentra debidamente acreditado que la relación laboral inició en 2007 y que durante dicho periodo la empleadora fue BLANCA CECILIA BERNAL FORERO?, ¿operó de forma total el fenómeno de la prescripción en virtud de lo dispuesto en el artículo 94 del C.G.P.?, ¿se encuentran prescritas las cesantías pretendidas, así como se debió contabilizar dicho fenómeno desde 2017?, ¿es dable reconocer aportes a pensión?, ¿hay lugar a sanción por despido sin justa causa?, ¿operó la pérdida de las cesantías con ocasión de los hechos delictuosos, por lo que se encuentra acusado el demandante?, ¿se encuentran acreditados los supuestos fácticos para imponer sanción moratoria? y es ¿dable en virtud de las facultades *ultra y extra petita* condenar por concepto de horas extras, dominicales y festivos?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Del Contrato de Trabajo. Extremos Temporales.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Del mismo modo, se hace necesario rememorar que, la carga de la acreditación de los extremos temporales según CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, le corresponde a la parte actora.

Descendiendo al caso, se encuentra certificación de la A.F.P. Porvenir S.A., Saludcoop E.P.S. y Positiva Compañía de Seguros, quienes dan cuenta que el demandante presenta aportes a seguridad social desde septiembre de 2012 (fls.18 a 21 del archivo 01, 62 a 69 y 74 a 95 del archivo 03), documental que es insuficiente para establecer una relación laboral con anterioridad a junio de 2011; sin embargo, se allegaron comprobantes de nómina pagados al actor que dan cuenta que, desde el 21 de julio de 2007 al mes de agosto de 2011, la señora BLANCA CECILIA BERNAL FORERO junto con su esposo, pagaron al demandante en su calidad de trabajador de la finca su salario (fls. 31 a 61 del archivo 03); comprobantes de los que también se logra desprender que, los pagos por nómina desde septiembre de 2011, no sólo los hizo el señor GÓMEZ BERNAL como empleador sino también la señora BERNAL FORERO.

Aunado a ello, en interrogatorio de parte la señora BLANCA CECILIA BERNAL FORERO, si bien manifestó que la relación laboral fue con su esposo, señaló que conocía al actor desde 2007, que trabajaba en la finca, y que las funciones del demandante en la finca eran de mayordomo. Igualmente, el testigo **Julián Esteban Siatoya Pinilla** señaló que conoció al actor desde 2007, año en el que lo vio trabajando en la finca de propiedad de los demandados, que en dicha finca el demandante recibía el ganado, que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00899 -01.

Demandante: **CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ.**

Demandado: **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO Y OTRO.**

el actor ocasionalmente lo contrataba para laborar allá, que el demandante era el administrador de esa finca, que veía que ambos demandados le daban ordenes al demandante durante el tiempo que trabajé allá, y que el actor estuvo 10 años en la finca- 24 de julio del 2007 al 24 de agosto de 2017-.

Así mismo, al rendir interrogatorio de parte REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL aceptó una relación laboral con el demandante desde el fallecimiento de su padre, esto es, desde el 29 de junio de 2011.

Por tanto, considera la Sala que el acervo probatorio aludido, no sólo se acredita que el demandante laboró al servicio de los demandados en el periodo del 29 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2017- extremo final que no fue objeto de impugnación-, como lo expuso el A Quo; sino también, una relación laboral del demandante al servicio de la señora BLANCA CECILIA BERNAL FORERO, por lo menos, desde el 21 de julio de 2007 hasta el 31 de agosto de 2011; vinculo que se declarará únicamente con esta, puesto que no se demandó a su esposo, ni a su masa sucesoral, así como tampoco a sus herederos determinados e indeterminados.

Igualmente, y en la medida que no se solicitó ningún tipo de sustitución de empleadores entre el padre de REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL y este, tampoco es dable tener a este como parte dentro del contrato del 21 de julio de 2007 al 31 de agosto de 2017. En tales condiciones, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, así: Del 21 de julio de 2007 al 31 de agosto de 2011, entre CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ y BLANCA CECILIA BERNAL FORERO, y del 29 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2017, entre CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ y BLANCA CECILIA BERNAL FORERO y REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL.

Prescripción. Aplicación del Artículo 94 del C.G.P.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de

haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el 151 del C.P.T.S.S., según los cuales, las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

Por su parte, el artículo 94 del C.G.P. establece que la presentación de la demanda también interrumpe el término prescriptivo, siempre y cuando se notifique el auto admisorio de la demanda dentro del término de un año. En relación con la interpretación del citado artículo CSJ SL1533-2018, ha enseñado que las circunstancias que no son imputables al demandante, en consecuencia, no pueden perjudicarlo, como lo son la negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

Conforme a lo expuesto, observa la Sala que se presentó la demanda el **23 de agosto de 2019** (fl.25 del archivo 01), el auto admisorio de la demanda se notificó por parte del juzgado a la activa el día **26 de febrero de 2020** (fl. 26 del archivo 01) y, que la notificación del mismo a la pasiva aconteció el **23 de septiembre de 2021** (fls.44 del archivo 01), esto es, luego de transcurrido 1 año, 6 meses, y 28 días.

De esta manera, sería considerar que no se logró interrumpir la prescripción con la presentación de la demanda sino fuera porque se observa que, el retraso de la notificación a los demandados es por causas ajenas al demandante.

Ciertamente, y como quedo visto el 26 de febrero de 2020 se notificó el auto de admisión, respecto a lo que se avizora que la parte actora efectuó la citación personal y el aviso de que tratan los artículos 291 y 292 del C.G.P. el 13 de julio y 10 de agosto de 2020, respectivamente; comunicando tal situación al despacho el 25 de agosto de 2020 (fls. 27 a 37 del archivo 01), esto es, dentro del término de un año que trata el artículo 94 *ejusdem*. Sin embargo, y pese a existir tal manifestación, el A Quo sólo en virtud de un memorial presentado por la parte actora el 28 de julio de 2021, dispuso realizar el emplazamiento de los demandados el 03 de agosto del mismo año

(fls. 38 y 39 del archivo 01), lo que se vio truncado cuando tales accionados comparecieron a juicio y se notificaron personalmente el 23 de septiembre de 2021 (fl.44 del archivo 01).

Por lo dicho, se considera que la prestación de la demanda sí logró interrumpir el fenómeno prescriptivo, por lo que al datar esta del 23 de agosto de 2019, tal y como lo dispuso el A Quo, se extinguieron las acreencias laborales causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016 con excepción de las cesantías y los aportes a pensión. Ciertamente, CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010 y CSJ SL5291-2018 señala que las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral y, que los aportes a pensión son imprescriptibles.

En ese orden de ideas, frente a la relación laboral declarada frente a BLANCA CECILIA BERNAL FORERO del 21 de julio de 2007 al 31 de agosto de 2011, operó de forma total la prescripción de las acreencias laborales, puesto que no se demandó dentro de los tres años siguientes a su extinción, con excepción de los aportes a pensión, que como quedó visto son imprescriptibles.

Por otra parte, y, frente a la relación laboral del 29 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2017 celebrada entre el actor y los demandados, prescribieron las acreencias laborales causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016, tal y como lo declaró el A Quo, por lo que, no es dable reajustar salarios, intereses a las cesantías, ni primas de servicios, pues ciertamente se calculó de forma correcta la calenda en que se vieron afectadas por el fenómeno prescriptivo, no siendo así con las cesantías, pues como se dijo, se logró interrumpir su prescripción de forma total a demandarse dentro del término de tres años.

Aportes a Pensión.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las*

excepciones previstas en esta ley". Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que "durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen", y el artículo 22 *ejusdem* señala el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, y que el "empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

Así las cosas, considera la Sala que es dable **MODIFICAR la sentencia** en sentido de CONDENAR a BLANCA CECILIA BERNAL FORERO por aportes al sistema general en seguridad social en pensiones por el periodo del 21 de julio de 2007 al 31 de agosto de 2011 y dado que, no se demostró la afiliación del trabajador al sistema general de seguridad social, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que procede es el pago de tales aportes a través del cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador o el que elija este (CSJ SL4328-2021), teniendo como I.B.C. el salario mínimo legal vigente, pues esta remuneración es la que se puede colegir que devengaba el demandante de los comprobantes visibles a folios 37 a 61 del archivo 03. No se impondrá frente al periodo de la segunda relación laboral, pues ello no fue objeto de impugnación.

Despido Sin Justa Causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo.

Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Dicho lo anterior, encontramos que desde la contestación de la demanda, REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL señaló que el demandante abandonó su trabajo con el agravante que hurtó algunos bienes, por su parte, el actor sostiene que fue amenazado por el señor GÓMEZ BERNAL; no obstante, lo cierto es que ninguna de tales aseveraciones encuentra sustento en el acervo probatorio, no existe prueba alguna que permita establecer certeramente que existió un despido, por lo que, en tales condiciones, tal y como lo señaló el A Quo no es dable reconocer indemnización por despido sin justa causa.

Cesantías. Pérdida por Hechos Delictuosos. Sanción por No Consignación de las Cesantías.

El artículo 250 del C.S.T. establece que, el trabajador perderá el derecho de auxilio de cesantías cuando el contrato de trabajo termina, entre otras causas, por *“Todo acto delictuoso cometido contra el {empleador} o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero en afinidad, o el personal directivo de la empresa”*; sin embargo, y como quedo visto en el acápite anterior referido a la indemnización por despido sin justa causa, no se encuentra acreditado que el hecho del despido ni mucho menos que este se hubiera fundamentado en los presuntos hechos delictuosos en que el trabajador pudo haber incurrido, por lo que sin más miramientos no es dable considerar que el demandante perdió las cesantías, pues el empleador no alegó tal circunstancia como causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

En suma, no obra en el plenario, sentencia proferida dentro de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal para establecer que, se incurrió en algún tipo de acto delictivo por parte del trabajador; nótese como los documentos obrantes en el archivo 07 únicamente se refieren a denuncias e investigaciones realizadas sobre la materia, más no en forma alguna a una condena impuesta al demandante por incurrir en actos

delictuosos, por demás que de los videos visibles en la carpeta 08 tampoco se logra desprender tal escenario.

Así las cosas, procede el pago de las cesantías, por ende, se deben reconocer las siguientes sumas de dinero por la relación del 29 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2017: 2011, \$270.775,55; 2012, \$566.700; 2013, \$589.500; 2014, \$616.000; 2015, \$644.350; 2016, \$689.455; y 2017, \$540.992,47. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se deben pagar los valores aludidos por concepto de cesantías.

Esto que se dice, conlleva a reajustar la sanción por no consignación de cesantías, pues al tenerse por no prescritas las cesantías de 2015, y ser estas exigibles el 15 de febrero de 2016, empero, declararse la prescripción desde el 23 de agosto de 2016, es dable considerar que frente a tales cesantías se incurrió en una mora de 172 días, debiéndose por tal anualidad, **\$3'694.273,33**. Igualmente, y por las cesantías de 2016 al terminarse el contrato de trabajo el 24 de agosto de 2017, se incurrió en mora de 190 días, pues se hicieron exigibles el 15 de febrero de 2017, por lo que se adeuda, **\$4'366.548,33**. Frente a las de 2017, estas debían pagarse con la liquidación final de prestaciones sociales y se entiende incluidas en la sanción moratoria.

Por lo dicho, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** a fin de establecer los valores aludido por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

Sanción Moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que hay lugar a la imposición de dicha sanción, pues se fundamenta la solicitud de absolución en la presunta comisión de unos hechos delictuosos por parte del trabajador; no obstante, y aunado a que no existe sentencia condenatoria por tales hechos en contra del demandante, también lo es que lo que se debe analizar es la conducta del empleador para verificar si su actuar estuvo o no revestido de buena fe, y si existen razones atendibles para considerarlos exonerado de tal sanción, siendo irrelevante si hubo incumplimientos contractuales por parte del trabajador, si este abandonó el lugar de trabajo, y si prestaba servicios a otras personas, por demás que frente a este último supuesto fáctico no es avizora que se hubiere pactado con el trabajador cláusula de exclusividad, recuérdese que de conformidad con el artículo 26 del C.S.T. un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, a menos que hubiera pactado la aludida cláusula.

En suma, del interrogatorio de parte del señor REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL se logra colegir que omitió el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, lo que fundamentó en que no volvió a ver al demandante; manifestación que no justifica su actuar renuente, pues ciertamente si era su intención pagar lo que consideraba adeudaba a su trabajador, hubiera podido efectuar un depósito judicial. Por tanto, dicha condena se confirmará.

Facultades ultra y extra *petita*.

En materia laboral, el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra *petita*; no obstante, dicha facultad únicamente la delegó en el juzgador de única y de primera instancia, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

Descendiendo al caso en concreto, para la Sala es claro que dentro de las pretensiones de la demanda en ningún momento se incluyó horas extras, dominicales y festivos, por lo que, no es dable ordenar su reconocimiento por parte de esta corporación.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de los demandados.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que entre las partes existieron **dos contratos de trabajo a término indefinido**, así: **Del 21 de julio de 2007 al 31 de agosto de 2011**, entre CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ y **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO**; y del 29 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2017, entre CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ y BLANCA CECILIA BERNAL FORERO y REINALDO ALFONSO GÓMEZ BERNAL.

Demandante: **CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ.**

Demandado: **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO Y OTRO.**

SEGUNDO. – MODIFICAR la sentencia en sentido de **CONDENAR** a BLANCA CECILIA BERNAL FORERO a reconocer y pagar a favor de CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ **aportes al sistema general en seguridad social en pensiones por el periodo del 21 de julio de 2007 al 31 de agosto de 2011**, teniendo como I.B.C. el **salario mínimo legal mensual vigente**; esto se deberá pagar **a través del cálculo actuarial** que realice el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador o el que elija este.

TERCERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de **cesantías** se deben pagar los siguientes valores: **2011, \$270.775,55; 2012, \$566.700; 2013, \$589.500; 2014, \$616.000; 2015, \$644.350; 2016, \$689.455; y 2017, \$540.992,47.**

CUARTO. – MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de **sanción por no consignación de las cesantías de 2015 y 2016**, se adeuda **\$3'694.273,33 y \$4'366.548,33, respectivamente.**

QUINTO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

SEXTO. – Costas en esta instancia a cargo de los demandados.

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

Los Magistrados,

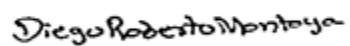


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

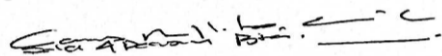
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2019-00899 -01.

Demandante: **CESAR HUMBERTO INFANTE RODRÍGUEZ.**

Demandado: **BLANCA CECILIA BERNAL FORERO Y OTRO.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de ambos demandados como agencias en derecho la suma de \$500.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00911-01.

Demandante: **MERCY PÉREZ LOSADA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 31 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MERCY PÉREZ LOSADA** adelanta contra **COLFONDOS S.A.**, y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. traslade los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como, aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses; y que COLPENSIONES active su afiliación, la reciba como afiliada cotizante.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los

fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES (archivos 02 y 03) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda también incoó la de compensación.

2.2. Vinculación Parte.

En audiencia del 22 de marzo de 2022 se dispuso la vinculación de **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 133 y 134 del archivo 01), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción (archivo 08).

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP COLFONDOS S.A.

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

SEGUNDO.- ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Suma debidamente indexada, obligación que recae en la AFP PROTECCIÓN S.A.

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

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

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES dijo que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues la entidad es un tercero ajeno al acto jurídico de traslado de la actora, no pudiendo ser beneficiada ni favorecida con la decisión; que con la decisión se afecta el equilibrio financiero, pues será la entidad llamada a reconocer la pensión; que la actora se encontraba inmersa en una prohibición legal de traslado; y que se deben reconocer los perjuicios económicos que genera el reconocimiento de la prestación a su cargo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores efectuados dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 15 de julio de 1981 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible a folios 12 a 19 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 31 de enero de 1995 (fl.32 del archivo 01).

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

completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 32 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31 de enero de 1995 con COLFONDOS S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos*

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

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Pérez Losada se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (31 de enero de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que la demandante asegura que los asesores le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar, que sus aportes estaban en riesgo, que su pensión sería más alta en el R.A.I.S., que se podía pensionar de forma anticipada, que podía solicitar en cualquier momento la devolución de los aportes, y que estos eran heredables; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PROTECCIÓN S.A. el 11 de marzo de 2002, y el 16 de diciembre de 2004 a COLFONDOS S.A. (fls.33 del archivo 01 y 42 del archivo 08), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía este fondo de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Demandante: **MERCY PÉREZ LOSADA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además del saldo en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, los valores pagados por concepto de **bono pensional si se hubiere causado o si existiere, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a**

garantía de pensión mínima; todos estos valores se deberán pagar debidamente indexados.

Por las mismas razones, es dable MODIFICAR el aludido numeral, en el sentido de establecer que PROTECCIÓN S.A. debe reconocer además de los valores pagados por concepto de gastos de administración y comisiones, los que se hubieren pagado por concepto de primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía; todo ello, debidamente indexado.

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

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

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

Finalmente, y en cuanto a la solicitud de perjuicios deprecada por COLPENSIONES en la apelación, como quiera que esta no fue objeto de pedimento en el curso de la primera instancia, la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento; recuérdese que las facultades ultra y extra petita están reservadas al juez de única y primera instancia, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido

Demandante: **MERCY PÉREZ LOSADA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además del saldo en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, los valores pagados por concepto de **bono pensional si se hubiere causado o si existiere, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión;** todos estos valores se deberán pagar debidamente **indexados.** Igualmente, se MODIFICA, en el sentido de establecer que PROTECCIÓN S.A. debe reconocer además de los valores pagados por concepto de gastos de administración y comisiones, los que se hubieren pagado por concepto de **primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a garantía de pensión de garantía;** todo ello, debidamente **indexado.**

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00911-01.

Demandante: **MERCY PÉREZ LOSADA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

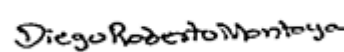
TERCERO. -. Sin costas en esta instancia.

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

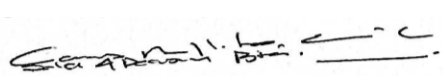
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00020 -01.

Demandante: **MARÍA EDELMIRA GÓMEZ SERNA Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARÍA EDELMIRA GÓMEZ SERNA, CARLOS ALEXIS, ROBINSON WALTER, y HENRY EDUARDO PÉREZ GÓMEZ** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 20 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que adelantan los recurrentes contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes pretenden se declare que el señor Carlos Hugo Pérez acreditó los requisitos que le permiten acceder al reconocimiento de una pensión de vejez post mortem a partir del 27 de mayo de 1998. Como consecuencia de lo anterior, solicitan el pago de un retroactivo del 27 de mayo de 1998 al 16 de mayo de 2014, sustitución pensional de la señora MARÍA EDELMIRA GÓMEZ SERNA a partir del 16 de mayo de 2014, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios y en subsidio, indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Carlos Hugo Pérez nació el 27 de mayo de 1938 y acumuló 1062 semanas de cotización; **2)** El señor Pérez tuvo 643 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, así como 956,42 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005; **3)** Dentro de su historia laboral no se encuentran las semanas cotizadas con el empleador Felvarseg Ltda. del 01 de noviembre de 1988 al 30 de abril de 1991, esto es, 282,85 semanas; **4)** El señor Pérez elevó reclamación administrativa en 2003, la que fue negada mediante la Resolución 014602 de 2003; y **5)** El señor Pérez y MARÍA EDELMIRA GÓMEZ SERNA contrajeron nupcias el 11 de febrero de 1967; calenda desde la que convivieron hasta que el primero falleció el 16 de mayo de 2014.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que si bien el señor Pérez fue beneficiario del régimen de transición, pues contaba con 55 años al 01 de abril de 1994, sólo acreditó 365 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y 789,86 en toda su vida laboral; que en proceso que fue desatado ante el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá se negó la pensión de sobrevivientes a la señora GÓMEZ SERNA; y que de existir algún periodo que no se hubiere pagado por parte del algún empleador del causante, como lo es el que se menciona a cargo de Felvarseg Ltda., este se encuentra a cargo de tal empresario, quien deberá pagar el correspondiente cálculo actuarial.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que el periodo que presuntamente se laboró con Felvarseg Ltda. del 01 de noviembre de 1988

al 30 de abril de 1991, pues no bastaba con allegar las planillas de pago donde consta un pago tardío de tales aportes, pues se debió demostrar que correspondía a una relación laboral para poder establecer que había una obligación en cabeza del presunto empleador; que aunado a ello, los comprobantes que se allegan contiene periodos completamente diferentes a los solicitados en la demanda; que los aportes como independientes no pueden tener efectos retroactivos; que por lo anterior, no es dable considerar que hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión pretendida, puesto que si bien el causante era beneficiario del régimen de transición, pues contaba con más de 40 años al 01 de abril de 1994, no alcanzó al 31 de julio de 2010, el requisito de semanas; y que el causante tampoco alcanzó las 1000 semanas requeridas por la Ley 100 de 1993.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** señaló que frente a la relación laboral con Felvarseg Ltda. no se exige tarifa legal ni una prueba en particular; que quien realizó el pago de las cotizaciones fue el aludido empleador en favor del causante; que con lo anterior, el causante inició el proceso para solicitar su pensión, lo que da plena fe, que se pagaron los periodos requeridos; y que aunado a ello, el testigo Germán Quevedo fue claro en manifestar la existencia de una relación laboral.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento y pago post mortem a favor de los accionantes?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Vejez. Acuerdo 049 de 1990.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, para quienes en lo relativo a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez se aplicará lo establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora bien, para establecer si alguien es beneficiario del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigor del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993,

limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014 (CSJ SL1466-2021).

Ahora bien, para ser beneficiario de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, se rememora que de conformidad con el artículo 12 de tal normatividad, es necesario acreditar 60 años para el caso del hombre, 1000 semanas o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

En el *sub examine*, se encuentra acreditado que el señor Carlos Hugo Pérez nació el 27 de mayo de 1938 (fl.92 del archivo 03), por lo que al 01 de abril de 1994 tenía 55 años, 10 meses y 5 días, por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición.

Del mismo modo, se avizora que cumplió la edad de 60 años el 27 de mayo de 1998; no obstante, frente al cómputo de semanas se avizora que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, acumulaba 695,85 semanas, por lo que debía causar su derecho a más tardar el 31 de julio de 2010, no obstante, a dicha fecha únicamente alcanzó 789,86 semanas, de las cuales 364,86 fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. Lo dicho, conforme a la historia laboral obrante a folios 25 a 32 del archivo 07.

Ahora bien. Tal como lo advirtió la A Quo, en la demanda se advierte que, dentro de la aludida historia laboral no se encuentran las semanas cotizadas con el empleador Felvarseg Ltda. del 01 de noviembre de 1988 al 30 de abril de 1991, lo que correspondería a 130,14 semanas; no obstante, y verificado la prueba documental allegada (fl.30 y ss del archivo 01), se entiende que las semanas a las que se hacen referencia son desde el 01 de noviembre de “1985”, para un valor total de 286,71 semanas faltantes, valor similar al expuesto en el libelo genitor, 282,85.

Aclarado ello, se encuentra que Felvarseg Ltda. realizó a favor del demandante diversos pagos por concepto de aportes a pensión junto con los

intereses de mora desde noviembre de 1985 hasta julio de 1986, y de abril de 1988 a abril de 1991, pagados entre el 23 de mayo y el 13 de agosto de 2012 (fls. 30 a 75 del archivo 01); tiempos que incluso son anteriores a su primera cotización al régimen de prima media la cual data del 14 de mayo de 1991 (fls. 25 a 32 del archivo 07).

Al punto, resulta pertinente hacer alusión a la diferencia entre la **mora** y la **falta de afiliación** por parte de un empleador. CSJ SL1078-2021 reiterada en CSJSL205-2022 ha expuesto que en la primera situación –esto es, la mora -, la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que la segunda situación, se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, **a través de cálculo actuarial**.

De esta manera, la falta de afiliación u omisión de reporte de ingreso del trabajador por parte de su empleador, si bien no genera la pérdida del derecho a la pensión, sólo es dable incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del **cálculo actuarial** representado por un bono o título pensional; ello como quiera que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de tales aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización, lo que no permite que adelante las acciones de cobro contra la empleadora omisa, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo (CSJ SL5058-2020, CSJ SL3609-2021, CSJ SL3845-2021 y CSJ SL1506-2021).

De esta manera, no resulta de recibo las planillas allegadas, pues en estas lo que se avizora es el reconocimiento de unos aportes por los periodos aludidos, pagándose intereses de mora, pero no el citado cálculo actuarial; responsabilidad que tenía el empleador a fin de que tales tiempos se entendieran incluidos en la historia laboral del trabajador fallecido.

Lo anterior cobra mayor importancia, si se tiene en cuenta que, ante la omisión de un empleador de efectuar la afiliación, e incluso allegarse certificación laboral, conforme criterio abordado en CSJ SL1116-2022, esta resultaría insuficiente para tener por acreditado el tiempo de servicio, pues la vinculación al sistema por parte del empleador omiso únicamente es dable a través de cálculo actuarial, quien además debió ser vinculado a fin de que respondiera en caso de existir relación laboral por el aludido cálculo actuarial. Así, se dijo en la sentencia citada:

“De este modo, atendiendo al registro de novedades de Colpensiones, la resolución que niega el reconocimiento y las distintas historias laborales, si bien se registra el empleador Marco Tulio Martín Ovalle, no se evidencia una inconsistencia en tanto Colpensiones con distintos documentos, e inclusive, en la misma historia laboral siempre registró la observación de que no registra afiliación. Es así como la sola certificación laboral si bien prueba la relación de trabajo, no prueba la vinculación del demandante con dicha entidad, motivo por el cual no podrían imputarse los pagos realizados para la época en que pretende sean reconocidos, los cuales no fueron pagados atendiendo a cálculo actuarial. **Es así como en este caso si bien la relación de trabajo se encuentra probada, resulta necesario la vinculación del empleador con el fin de que responda por el respectivo cálculo actuarial, lo que facultaría al demandante a reclamar nuevamente la prestación económica**”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, y dado que en el presente plenario se presentó una falta de afiliación por parte de Felvarseg Ltda., los aportes omitidos durante el tiempo que presuntamente perduró la relación con el causante debieron ser pagados a través de cálculo actuarial, así como se debió vincular a tal empleador; motivo por el que, al no evidenciarse el cumplimiento de dichos presupuestos, resulta insuficiente el testimonio de German Quevedo Cortes y Wilmer Hernando Andrade Sandoval, quienes por demás eran testigos indirectos y no dieron cuenta de forma precisa de los tiempos que se pretenden sean computados, pues basaron su dicho en lo que el mismo causante les comentaba y según sus dichos conocieron al causante, en 2003 y 2008, aproximadamente. Por tanto, itera la Sala, no es dable tener los tiempos pretendidos como computados en la historia laboral.

Esto que se lleva, conlleva entonces a concluir a la Sala que, el señor Carlos Hugo Pérez previo a su fallecimiento no contaba con el requerimiento de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990 para que le fuera reconocida su pensión de vejez, así como tampoco con el requisito de semanas exigido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00020 -01.

Demandante: **MARÍA EDELMIRA GÓMEZ SERNA Y OTROS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues el causante no alcanzó siquiera 1000 semanas de cotización.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de los demandantes.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de abril de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de los demandantes.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00020 -01.
Demandante: **MARÍA EDELMIRA GÓMEZ SERNA Y OTROS.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de los demandantes como agencias en derecho la suma de \$300.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00172 -01.

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ambas partes** contra la providencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA** contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 07 de octubre de 1997, en catorce mesadas, intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** José Zein Sánchez Quiroga falleció el 07 de octubre de 1997; calenda en la que ostentaba la calidad de afiliado al I.S.S.; **2)** El causante había cotizado más de 300 semanas al 01 de abril de 1994; **3)** Convivió con el exánime desde 1985 hasta el deceso de este; y **4)** Solicitó pensión de sobrevivientes, obstante, mediante Resolución 014697 de 1998 le fue negada la prestación;

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

acto administrativo a través del que le reconocieron su condición de beneficiaria, así como indemnización sustitutiva.

2. Respuesta Demanda.

COLPENSIONES (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que para la fecha de fallecimiento del causante, la norma aplicable era el artículo 46 de la ley 100 de 1993, por lo que debía el causante por lo menos haber cotizado 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la muerte, sin embargo, este requisito no se acreditó; y que se pagó indemnización sustitutiva, beneficio que es incompatible con la prestación pretendida.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, y **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la de prescripción, respecto de las mesadas causadas hasta el 09 de julio de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR que la actora, en su calidad de compañera permanente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en razón al fallecimiento del afiliado José Zeín Sánchez Quiroga, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en cuantía del salario mínimo legal mensual de cada año, a partir del 10 de julio de 2017, junto con los reajustes anuales y mesadas adicionales. Se aclara que esa fecha es la que corresponde a las mesadas no prescritas.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, por concepto de mesadas causadas y no prescritas, la suma de \$68'096,814.60, y a partir del mes de febrero de 2023, una mesada por valor de \$1'160.000 M/Cte., y en adelante, con los reajustes legales y las mesadas adicionales que se causen.

CUARTO: ABSOLVER de los intereses de mora y en su lugar **ORDENAR** que el pago de las mesadas se haga debidamente indexado mes a mes desde la fecha de causación de cada una y hasta cuando sean cubiertas en su totalidad.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES, para que, del monto de las mesadas pensionales ordenadas, efectúe los descuentos en el porcentaje que corresponda, con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

SEXTO: SE AUTORIZA TAMBIÉN A COLPENSIONES para descontar del retroactivo de mesadas reconocidas el valor pagado por indemnización sustitutiva, por la suma de \$4'525.084.

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a su cargo, por valor de \$3'000.000 M/Cte.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se demostró la calidad de beneficiaria de la actora al haberse reconocido a su favor indemnización sustitutiva; que no se acreditó los requisitos de la Ley 100 de 1993 en su redacción original para acceder a la prestación, puesto que, el causante no se encontraba cotizando y no contaba con 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento; que pese a lo anterior, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es dable acudir a los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, los que sí acreditó el exánime, pues contaba con 696,11 semanas antes del 01 de abril de 1994, con lo que es posible colegir que contaba con más de 150 semanas cotizadas en los seis años anteriores al fallecimiento (07 de octubre de 1997) y, 300 en cualquier tiempo; que la cuantía de la mesada pensional asciende a un salario mínimo, pues con la cantidad de semanas únicamente se alcanza un 54% de tasa de reemplazo; que operó la excepción de prescripción, puesto que, se elevó petición el 30 de septiembre de 1998, la que fue resuelta el 30 de noviembre del mismo año, sin que se impetrara demanda dentro de los tres años posteriores, por lo que, sólo es dable tener que se interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda, lo que acaeció el 10 de julio de 2020; que por lo anterior, sólo son exigibles las mesadas causadas con desde el 10 de julio de 2017; que la actora tiene derecho a catorce mesadas, pues para la fecha de causación del derecho, estaba vigente la norma que contenía tal cantidad de mensualidades; que es dable el descuento del retroactivo, lo que fuere pagado por indemnización sustitutiva; que no hay lugar a intereses moratorios, puesto que se paga la prestación conforme a pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a la fecha de la reclamación elevada por la demandante; y que pese a ello, es dable ordenar la actualización del pago de tales mesadas.

4. Argumentos de las Recurrentes.

MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA señaló que, se debe reconocer intereses moratorios, pues estos tienen la calidad de resarcitorios y no de sancionatorios, por lo que, no es necesario hablar de buena o mala fe, en el reconocimiento de los mismos, operan de forma automática si no se pagan

en los plazos establecidos; que en los casos que la jurisprudencia ha sido pacífica son viables los aludidos intereses, más aún cuando hubo oposición de la entidad demandada; y que no se debe ordenar la devolución por concepto de indemnización sustitutiva, ya que, no se alegó la excepción de compensación, la que no puede decretarse de oficio.

Por su parte, **COLPENSIONES** expuso que, si bien la actora es beneficiaria del principio de la condición más beneficiosa, se puede observar que, se le reconoció una indemnización sustitutiva, prestación que es incompatible con la pensión de sobrevivientes, por demás que el valor pagado no ha sido devuelto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de las partes.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en virtud del principio de la condición más beneficiosa y, pese a haberse pagado a su favor indemnización sustitutiva?, ¿es factible ordenar la devolución del valor pagado por indemnización sustitutiva, pese

a no haberse propuesto la excepción de compensación? y ¿es dable el reconocimiento de intereses moratorios?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la Pensión de Sobrevivientes. Condición Más Beneficiosa- Ley 100 de 1993 en su redacción original.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor José Zein Sánchez Quiroga -07 de octubre de 1997- (fl. 12 del archivo 02), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original; normas que establecen que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte, o en caso de haber dejado de cotizar, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

En el *sub lite*, observa la Sala que el señor José Zein Sánchez Quiroga alcanzó 801,43 semanas, no obstante, dejó de cotizar y no cotizó semanas en el año inmediatamente anterior a su deceso, esto es, entre el 07 de octubre de 1996 y el 07 de octubre de 1997; lo dicho, conforme a la documental a folios 15 a 20 del archivo 05.

Así las cosas, es procedente a acudir al principio de la condición más beneficiosa a efectos de verificar si es dable el reconocimiento de la prestación pensional, pudiendo esta Sala acudir a la norma inmediatamente anterior, que para el caso es el Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 25° del Acuerdo 049 de 1990, en consonancia con el artículo 6° de la misma normatividad dispone que hay lugar a pensión de sobrevivientes cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado ha reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez o sobrevivientes por riesgo común, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas, en cualquier época, con anterioridad a tal estado.

Sobre el alcance de la anterior normatividad, CSJ Rad. 28.893 del 04 de diciembre de 2006, CSJ Rad. 30.581 del 09 de julio de 2008 ha expuesto que se debe acreditar una de las dos hipótesis que contiene tal normatividad en el literal b), así: Para quien fallecen con anterioridad al 31 de marzo de 2000 las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo se deben haber satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; y en lo relativo a las 150 semanas aportadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, se debe contabilizar desde el 01 de abril de 1994 hacia atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 01 de abril de 1988, en adición a que se debe alcanzar esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden el fallecimiento. La anterior doctrina ha sido reiterada en diversas decisiones como la CSJ SL634-2020, CSJ SL4807-2020, y CSJ SL5147-2020, por mencionar algunas.

De esta manera, observa la Sala que el causante acreditó 695,58 semanas antes del 01 de abril de 1994, por lo que, se encuentra demostrado el requisito de 300 semanas previo a tal fecha. Asimismo, el causante cotizó entre el 01 de abril de 1988 y el 01 de abril de 1994, 313,14 semanas, y dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 07 de octubre de 1991 y el 07 de octubre de 1997, 197,28 semanas.

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

En consecuencia, es dable acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes conforme al principio de la condición más beneficiosa, por lo que, es acertada la decisión del A Quo, por demás que como este mismo lo indicó conforme CSJ Rad. 34228 del 21 de octubre de 2008, CSJ Rad. 37387 del 03 de febrero de 2010, CSJ SL667-2013, CSJ SL3461-2018, CSJ SL3115-2020, CSJ SL2826-2021 y CSJ SL772-2022, no es necesario evaluar la calidad de beneficiario, cuando se tiene acreditado y no discutida tal condición, en virtud del reconocimiento de una indemnización sustitutiva, lo que acaeció en el asunto, puesto que mediante la Resolución 014697 del 30 de noviembre de 1998 se reconoció la aludida indemnización (fl. 13 del archivo 02).

Finalmente, se hace menester precisar que si bien el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, señala que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes si el afiliado o causante tramitó o recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, según CSJ SL13645-2014 reiterada en CSJ SL1624-2018 y CSJ SL617-2023 señaló que, si esto ocurre y en el proceso laboral se demuestra que el causante reunía las exigencias contempladas en el régimen de transición para tener derecho a la pensión de vejez, el pago de dicha indemnización sustitutiva, se ha de entender hecha a título provisional, y lo procedente será ordenar la compensación o pago parcial (CSJ SL11546-2015), toda vez que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, *per se*, implica que no había lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

Corolario de lo dicho, es acertado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa.

Fecha de Reconocimiento, Valor de la Mesada Pensional, Mesadas Adicionales, Prescripción, Valor Retroactivo y Mesada a Febrero 2023.

Teniendo en cuenta que José Zein Sánchez Quiroga falleció el 07 de octubre de 1997, es a partir de tal **data que debía efectuarse el reconocimiento pensional**. Asimismo, y dado que el **valor de la mesada**

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

pensional se reconoció sobre el salario mínimo legal, no es posible disminuirla en virtud de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, ni aumentarla pues ello haría más gravosa la situación de COLPENSIONES, por lo que, dicho monto debe ser confirmado. .

Del mismo modo, resulta procedente el pago de **14 mesadas anuales**, como quiera que la prestación se causó el 07 de octubre de 1997, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; norma que dispuso la eliminación de la mesada catorce para aquellas pensiones que se causen a partir de la entrada en vigor de tal normatividad., excepto para aquellos que devengan menos de tres salarios mínimos a quienes se les conservó tal derecho hasta el 31 de julio de 2011.

Por otra parte, y en cuanto al fenómeno de la **prescripción** encuentra la Sala que mediante Resolución 014697 del 30 de noviembre de 1998 se negó la pensión de sobrevivientes (fl.13 del archivo 02); no obstante, no se demandó dentro de los tres años siguientes a tal negativa, por manera que, únicamente es dable tener como fecha de interrupción de tal fenómeno, la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 10 de julio de 2020 (archivo 01), por lo que, es acertada la declaración de la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 10 de julio de 2017.

De igual manera, observa la Sala que es liquidó el **retroactivo** hasta el 31 de enero de 2023, mes previo a la fecha en que profirió su sentencia; por tanto, y efectuadas las operaciones de rigor se tiene que la suma resultante en esta instancia es inferior- **\$67'642.321,90-** a la impuesta por el A Quo \$68'096.814,60, por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de establecer tal valor. Las operaciones son las siguientes:

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	VALOR MESADA
2017	\$ 737.717,00	6,7	\$ 4'942.703,90
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10'937.388
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11'593.624
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12'289.242
2021	\$ 908.526,00	14	\$ 12'719.364
2022	\$ 1'000.000,00	14	\$ 14'000.000
2023	\$ 1'160.000,00	1	\$ 1'160.000
TOTAL			\$ 67'642.321,90

Finalmente, es acertada la imposición de la **mesada a febrero de 2023** sobre \$1'160.000, pues este valor corresponde al salario mínimo de este año, por lo que, se confirmará.

Intereses Moratorios e Indexación.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 1° de la Ley 717 de 2001.

De igual manera, dichos intereses no dependen de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (CSJ Rad. 42783 del 13 de junio de 2012, CSJ Rad. 18789 del 29 de mayo de 2003, CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020); no obstante, se ha aceptado que no son procedentes cuando se está frente a pensiones reconocidas con fundamento en un cambio de jurisprudencia, dado que el proceder de la entidad de pensiones en tales casos no se torna arbitrario o caprichoso, por el contrario, la entidad aplicó la normatividad que resultaba plausible y que se estimaba regía el derecho en controversia (CSJ SL12018-2016, CSJ SL4650-2017, CSJ SL1947-2020 y CSJ SL4165-2021); lo dicho, salvo cuando el criterio jurisprudencial que origina el reconocimiento, se encuentra consolidado para el momento en el que se resuelve la solicitud pensional, caso en el cual se ha predicado la procedencia de los citados réditos (CSJ SL3834-2021, CSJ SL2843-2021, CSJ SL5037-2020, CSJ SL3808-2020, y CSJ SL3723-2019).

Conforme lo expuesto, y en atención a que en el caso presente la prestación es reconocida en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y que se negó la prestación antes de la consolidación del criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con la aplicación del principio aludido, pues solicitó pensión de sobrevivientes el 30 de septiembre de 1998, y se resolvió tal petición mediante Resolución 014697 del 30 de noviembre de la misma anualidad (fl.13 del archivo 02); se considera que no es factible su imposición, en consecuencia, y dado que el retroactivo objeto de condena

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00172 -01.

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

se ha visto sometido a la pérdida de su poder adquisitivo por el transcurrir del tiempo, es acertado que se ordene su pago, debidamente **indexado** al momento en que se efectuó su pago.

Descuento de la Indemnización Sustitutiva.

Como quiera que se encuentra acreditado en juicio el pago de una indemnización sustitutiva, resulta factible que COLPENSIONES del valor del retroactivo objeto de condena descuenta el valor que pagó por tal concepto; esto que se dice, encuentra asidero en CSJ SL11546-2015 en donde se establece que el pago de una indemnización sustitutiva puede también tenerse como un pago parcial de la real obligación pensional que pesaba a cargo del ente demandado.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia en el sentido de establecer que el valor del retroactivo del 10 de julio de 2017 al 31 de enero de 2023, asciende a la suma de **\$67'642.321,90.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00172 -01.

Demandante: **MARÍA NINZA GÓMEZ CÓRDOBA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2020-00214 -01.

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 09 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **CARMELINA PEÑA MUÑOZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y el recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende que COLPENSIONES y en subsidio, PROTECCIÓN S.A., efectuó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a partir del 17 de noviembre de 2016, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Inició cotizaciones en el régimen de prima media y tuvo un breve traslado al R.A.I.S. a través de PROTECCIÓN S.A. entre 2014 y 2016; estando en la actualidad en COLPENSIONES; **2)** Mediante Dictamen 165554 del 17 de noviembre de 2016 se determinó que tenía un P.C.L. del 56,70% con fecha

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

de estructuración 01 de enero de 2009; **3)** Solicitó pensión de invalidez, empero fue negada por PROTECCIÓN S.A. el 16 de agosto de 2017; **4)** Padece artritis reumatoide, enfermedad que es crónica, congénita y degenerativa; **5)** El 30 de enero de 2019 solicitó ante COLPENSIONES su pensión de invalidez, quien a través de la Resolución SUB 65486 del 18 de marzo de 2019 le negó la prestación, por cuanto el dictamen lo realizó una entidad de seguridad social distinta; y **6)** Cuenta con las semanas necesarias para acceder a la pensión deprecada.

2. Respuesta a la Demanda.

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

Adujo que la demandante no ha sido calificada por la entidad de pensiones; que la pensión por invalidez no es una prestación inmutable, puede ser revisada de manera automática cada tres años y a solicitud del interesado en cualquier tiempo, con el objeto de verificar si la calificación de la misma ha sufrido alguna variación; y que el régimen responsable por el pago de una pensión de invalidez, será aquel en donde estaba afiliado el actor para el momento en que se estructuró su P.C.L., de modo que, aun cuando exista traslado, el fondo antiguo mantiene la competencia por el reconocimiento de prestaciones que se causen en su vigencia.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 22), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que, si bien la actora estuvo vinculada a partir del mes de julio de 2012, esta vinculación no tuvo validez alguna, debido a que la misma fue anulada, luego entonces la única vinculación válida y existente es la realizada con COLPENSIONES a partir de 1996; que para el momento que se estableció la fecha de estructuración, 01 de enero de 2009, la demandante estaba vinculado con COLPENSIONES; que la actora cumple con las semanas de cotización a la fecha de emisión del dictamen.

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR que la demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de invalidez de origen común a partir del 01 de febrero de 2018 en cuantía equivalente a 1 SMLMV y en el número de 13 mesadas pensionales al año por cumplir los requisitos señalados en el artículo 1° de la Ley 860 del 2013.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de la demandante, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 01 de febrero de 2018 y el 28 de febrero de 2023, la suma de \$58.682.689. A partir del 01 de marzo de 2023 COLPENSIONES deberá continuar reconociendo y pagando a la demandante una mesada pensional equivalente a 1 SMLMV, que para este año 2023 equivale a \$1.160.000 pesos. Se ordena a COLPENSIONES cancelar esa suma por concepto de retroactivo, suma que deberá indexar al momento del pago efectivo conforme a la fórmula que ha sido señalada en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a que al momento del pago de las mesadas pensionales retroactivas que debe reconocer y pagar a la demandante, proceda a realizar los descuentos de ley para el sistema de seguridad social en salud, desde la fecha de causación de la prestación.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción denominada NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS propuesta por COLPENSIONES. En consecuencia, absolver a dicha administradora del régimen de prima media de la pretensión del pago de intereses moratorios. Las demás excepciones se declaran imprósperas.

QUINTO: ABSOLVER a PROTECCION S.A. de todas las suplicas de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma equivalente al 5% del valor de las condenas contenidas en esta providencia.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que la fecha de estructuración de la actora es el 01 de enero de 2009, por lo que, la norma a aplicar es la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003; que dicho dictamen es válido, pues corresponde a las entidades de seguridad social determinar el P.C.L., por demás que este no fue impugnado y el traslado efectuado por la demandante se tuvo por anulado, estando en cabeza de COLPENSIONES el reconocimiento de la prestación, sin que sea necesario un nuevo dictamen; que el P.C.L. resultante fue del 59,70%; que para el 01 de enero de 2009, la actora no estaba realizando cotizaciones y no cuenta con 50 semanas dentro de los tres años anteriores, sin embargo, la patología que presenta la actora- artritis reumatoide- se trata de una enfermedad crónica, congénita o degenerativa, por lo que su invalidez es lenta y paulatina, pudiendo laborar con su capacidad residual; que por lo anterior, es dable tener en cuenta sus aportes, pues si bien se trata de

aportes como independiente, estos los estaba realizando desde 2009 y sólo hasta 2016 le diagnosticaron su P.C.L., por demás que acumula dentro de los últimos tres años con 154 semanas; que la prestación equivale al salario mínimo a partir del momento en que se perdió la capacidad residual, 01 de febrero de 2018; que no opera prescripción, ya que, se demandó dentro de los tres años de que trata el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; que el retroactivo al 28 de febrero de 2023 asciende a \$58'682.689; y que no hay lugar a intereses moratorios, puesto que se reconoce la prestación con base en interpretaciones jurisprudenciales, debiéndose en su lugar reconocer las mesadas debidamente indexadas.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES dijo que la actora fue calificada por la A.R.L. Suramericana con un P.C.L. del 56,70% con fecha de estructuración 01 de enero de 2009, dictamen que debió ser notificado a todas las partes interesadas para que se tuviera la oportunidad de manifestar la inconformidad contra el mismo; que en ese momento la actora se encontraba afiliada a PROTECCIÓN S.A., por lo que se le negó la posibilidad de contradecir el mismo; que conforme sentencia T-588 de 2011 se debe garantizar la notificación de los actos administrativos, pues en caso contrario debe entenderse que no surtió efectos legales; y que así las cosas, resultaba procedente estudiar el estado de salud de la actora con el fin de verificar el dictamen emitido.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y PROTECCIÓN S.A., para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2020-00214 -01.

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se acreditan los presupuestos para reconocer una pensión de invalidez a favor de la demandante?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Invalidez.

La pensión de invalidez es una prestación que suple los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. Según el ordenamiento jurídico que rige la materia, se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral.

Así mismo, es pertinente memorar que si bien CSJ SL4031-2017, CSJ SL3905-2018 y CSJ SL1040-2021 ha expuesto que, la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma; lo que se acompasa con la sentencia SU-313 de 2020 de la H. Corte Constitucional, quien también considera que en los casos en los que la estructuración de la invalidez ocurre en un momento en el que la afiliación la administraba un fondo antiguo, la pensión debe reconocerla este y no el nuevo o en cuya afiliación se calificó el riesgo.

Sin embargo y, de conformidad con CSJ SL5183-2021 reiterada en la CSJ SL1397-2022 y CSJ SL4295-2022 se estableció un nuevo criterio. En efecto, en la aludida sentencia, se señaló que el eje central de la SU-313 de 2020 consiste en que *“ordenarle al fondo nuevo reconocer una pensión que se causó antes de que el beneficiario estuviere afiliado a él, sería tanto como exigirle que amparara no un riesgo, sino un hecho ya consolidado”*, lo que podría tener implicaciones financieras; y que tal decisión se apoya en el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016 en armonía con el precepto 2.2.2.4.6 del Decreto 1833 de 2016 -que compiló el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008- que, pese a contener supuestos normativos que regulan los eventos de multiafiliación, puede aplicarse por analogía.

Postura que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que no compartía, pues consideró que hay casos concretos que permiten establecer excepciones, como lo es el caso de las enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, en donde es dable contabilizar las semanas efectuadas antes de la fecha en que se solicita la pensión, la de declaración del riesgo o de la última cotización, a efectos de determinar la consolidación de la prestación económica; que en ese sentido, la pensión de invalidez surge con la declaración en firme de la invalidez y pueda causarse en cualquiera de tales momentos, incluido el de la estructuración de la invalidez; que dicha declaración en firme es lo que activa el seguro previsional que respaldará el capital necesario para financiarla, tal y como se explicó en los términos de la Circular Externa 007 de 1996 y el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994; que el artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008 está expresamente limitado a resolver las situaciones de multiafiliación y no puede aplicarse por analogía en situaciones en las que, como en este asunto, no existe discusión acerca de la validez del traslado; que dicha disposición tiene un fin preciso en el orden jurídico, esto es, resolver las situaciones que *“se presenta[n] cuando no puede ser válida la última [inscripción] si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley”* (CSJ Rad.46106 del 04 de julio de 2012 y CSJ SL8215-2016), o en otros términos, cuando el traslado de régimen o de administradora no atiende los plazos legales fijados para esos efectos o se presentan otras situaciones que pueden generar confusión acerca de la administradora que debe responder por la prestación económica respectiva; que esa confusión no se genera cuando se tiene presente que la

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

pensión de invalidez surge con la declaración en firme del riesgo y se causa desde su estructuración o, excepcionalmente, en las hipótesis vistas; que el criterio que defiende la H. Corte Constitucional afecta el derecho a la libre elección de régimen o administradora pensional y la garantía mínima a la seguridad social; y que al estar establecido que un afiliado se trasladó válidamente de régimen pensional a COLPENSIONES y en vigencia de esta afiliación se concretó y se conoció el dictamen que determinó su situación de invalidez, pese a que la estructuración formal de la invalidez de la demandante fue establecida en la época en la cual se encontraba afiliada al R.A.I.S., es a la primera de las mencionadas a quien le corresponde reconocer la prestación deprecada.

Igualmente, se hace necesario rememorar que, frente a los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, CSJ SL1193-2015 ha expuesto, siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, modificado por el Decreto 1507 de 2014, que *“la invalidez se estructura cuando la persona ha perdido, en forma definitiva, su capacidad para trabajar”*. De igual manera, CSJ SL3992-2019 ha sostenido de manera unánime y pacífica, que los dictámenes emitidos por la junta de calificación o los entes que por ley le corresponde realizar la valoración de la pérdida de la capacidad laboral – esto es, según artículo 41 de la Ley 100 de 1993, COLPENSIONES, A.R.L., Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y E.P.S., - son válidos, pese a no ser conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que pueden ser evaluadas o desvirtuadas por el juez laboral, atendiendo la libertad probatoria consagrada en el artículo 60 del C.P.T. y de la S.S. Pese a lo anterior, apartarse de un documento científico elaborado por expertos, exige una valoración probatoria que se sustente en evidencia igualmente científica, especializada e, idónea que le permita al juez modificar los aspectos que deban controvertirse en la prueba.

Sentado los anteriores presupuestos, en el asunto encontramos que la demandante se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 09 de mayo de 2012 con efectos a partir el 01 de julio del mismo año (fls.31 y 32 del archivo y, 18 del archivo 22); que la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., entidad con quien PROTECCIÓN S.A. contrató el seguro previsional de los riesgos de invalidez y muerte de la actora, estableció mediante dictamen del

17 de noviembre de 2016 que esta padecía de “ARTROSIS PRIMARIA DE OTRAS ARTICULACIONES”, que presentaba una P.C.L. de 56,70% de origen común, y que la fecha de estructuración era del 01 de enero de 2009 (fls. 18 a 26 del archivo 01); que el traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A. fue anulado por presentar una multivinculación conforme al Decreto 3995 de 2008 según certificación expedida el 30 de abril de 2018 (fl.51 del archivo 22); y que la demandante sigue cotizando, pues presenta al 31 de agosto de 2021, 492,29 semanas cotizadas según lo dispuesto en la historia laboral del 02 de agosto de 2021 obrante en el expediente administrativo visible en el link del fl.1 del archivo 09.

Así las cosas, considera la Sala que para el caso no es dable acudir a la regla de la SU-313 de 2020, pues si bien se está frente a una multivinculación y, por ende, en principio resultarían aplicables las reglas del artículo 6.º del Decreto 3995 de 2008, lo cierto es que no puede considerarse como consolidado el derecho el día que se tuvo como fecha de estructuración, puesto que la demandante padece una enfermedad degenerativa, y ha seguido realizando cotizaciones, por lo menos hasta el 31 de agosto de 2021, por lo que, en tal escenario es dable considerar que el derecho se ha seguido consolidando, con lo que podría estar en cabeza de COLPENSIONES la correspondiente prestación pensional.

Al punto, téngase en cuenta que la “ARTROSIS PRIMARIA DE OTRAS ARTICULACIONES”, según la Organización Mundial de la Salud- O.M.S. se trata de *“una enfermedad articular degenerativa que provoca dolor, hinchazón y rigidez, y que afecta a la capacidad de una persona para desplazarse sin limitaciones”*.¹

De esta manera y, teniendo en cuenta que, el dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado determinó como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la señora Peña Muñoz el 01 de enero de 2009, que está frente a una patología degenerativa y, que ha seguido cotizando, es acertado entender que la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003; norma que exige 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la

¹ Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/osteoarthritis>

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

fecha de estructuración de la invalidez, calenda que podrá variar como se verá con posterioridad, en virtud de la patología que se padece.

Dicho ello, se itera que, conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 los dictámenes de COLPENSIONES, A.R.L., Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y E.P.S. son válidos, como el que fuere emitido por la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A.; no obstante, este dictamen puede ser desvirtuado en juicio, con lo que se le permite a la entidad que no comparta su criterio presentar su propio dictamen y/o pruebas para establecer que este carece de veracidad, con lo que se le garantiza el derecho fundamental al debido proceso, sin embargo y contrario a ello, no encuentra la Sala, labor alguna que fuera desplegada por COLPENSIONES para establecer que el dictamen emitido por PROTECCIÓN S.A. presentaba errores protuberantes que impidiera el reconocimiento prestacional. Para ello, la entidad de pensiones, podía allegar su propio dictamen, recuérdese que el juez de conocimiento podrá acudir a las reglas de la libre formación del convencimiento para determinar cuál a su juicio resultaba más verídico o incluso solicitar un nuevo dictamen oficiosamente para formar dicho convencimiento.

De igual manera, se advierte que a juicio de esta Colegiatura no existe suficiente evidencia científica, como lo exige la jurisprudencia, que permita, en principio, apartarse de lo dispuesto en el dictamen arriba reseñado.

Ahora bien, y dado que se está frente a una “ARTROSIS PRIMARIA DE OTRAS ARTICULACIONES”, es decir, una enfermedad degenerativa, se rememora que conforme a CSJ SL3275-2019 y CSJ SL5023-2021, a las personas que padecen de estas, se les ha habilitado la contabilización de semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez a efectos de adquirir la pensión de invalidez *“ello, porque los afiliados que padecen tales contingencias pueden conservar una real, efectiva y probada capacidad laboral para ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y continuar realizando aportes al sistema, ello con el fin de poder acceder a alguna prestación en el sistema general de pensiones.”*

En igual sentido, CSJ SL770-2020 expuso que, es posible tener en cuenta -conforme a las particularidades de cada caso-, además de la data de estructuración de la invalidez: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando-. Lo anterior, porque en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Igualmente, adujo que para ello es necesario demostrar que, (i) la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, se puede tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Postura reiterada en CSJ SL1069-2021 y CSJ SL2830-2021.

En consideración a lo dicho, encuentra acreditado la Sala que el diagnóstico por el cual se determinó que la demandante padecía de una pérdida de capacidad laboral superior al 50% es una enfermedad degenerativa; y en cuanto a que los aportes realizados se encuentren de acuerdo al ejercicio de una efectiva y probada capacidad residual se rememora previamente que, para ello se debe tener en cuenta que CSJ SL5023-2021 dijo que a efectos de evitar una afectación al sistema general de pensiones y preservar los principios que lo rigen, entre ellos el de la sostenibilidad financiera, es deber del juez ponderar varias aristas, para lo cual se debe validar que los aportes realizados, precisamente respondan a

la capacidad laboral y no que se hubieren efectuado con la finalidad de acreditar las cotizaciones para obtener un aseguramiento.

Dichas aristas conforme a CSJ SL3275-2019 en aras de evitar el fraude al sistema general, es el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es lo que permite el reconocimiento pensional; por ello, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

De esta manera, la capacidad residual consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social.

Advertido lo anterior, una revisión de la historia laboral de la actora actualizada al 02 de agosto de 2021, y obrante el expediente administrativo, permite evidenciar que su primera cotización al régimen de prima media data del 01 de febrero de 1996 y que sólo efectuó cotizaciones hasta mayo de ese año, que también realizó una cotización en marzo de 2009 y que a partir de abril de 2012 ha efectuado aportes sin interrupción pero como independiente, aspecto que deja en entredicho su capacidad residual; recuérdese que según CSJ SL5023-2021 *“Conforme al derrotero fijado por esta Sala lo cierto es que los aportes cotizados por cuenta propia del accionante no permiten encontrar que correspondieran efectivamente a una probada y real capacidad del actor y, contrario a ello, deja ver que se efectuaron con la finalidad de acreditar las cotizaciones para obtener una prestación del sistema al no contar con capacidad para trabajar (...)”*

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

En igual sentido, observa la Sala que conforme al dictamen realizado por Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., que en la historia clínica de la actora constaba que padecía de artritis reumatoide desde que tenía 13 años, y que tenía un tratamiento convencional hacía más de diez años, es decir desde 2004. De igual manera, si bien la actora señala que realiza ventas por catálogo no obra prueba alguna que corrobore tal dicho. Al punto, se recuerda que, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Así las cosas, considera la Sala que del hecho que no se tenga prueba de la ocupación u oficio de la actora, que la mayoría de las cotizaciones realizadas se hicieron a nombre propio, que su patología data desde que tenía 13 años de edad, que de las 492,29 semanas que se realizaron sólo 9,28 aparecen realizadas como dependiente, y que sólo cuando progresó su enfermedad, esto es, según su propio dicho, hasta que no pudo caminar y requirió de silla de ruedas para desplazarse- 2009-, empezaron a presentarse cotizaciones, pues con anterioridad a tal momento únicamente se itera se alcanzaban 9,28 semanas, es lo que permite colegir que no existe una real y probada capacidad laboral residual de la señora Peña Muñoz.

En ese orden de ideas, no queda otro camino que REVOCAR la sentencia, y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra; misma razón por la que tampoco resultaría procedente una condena contra PROTECCIÓN S.A.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

VI. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2020-00214 -01.

Demandante: **CARMELINA PEÑA MUÑOZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

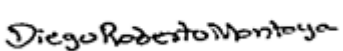
SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

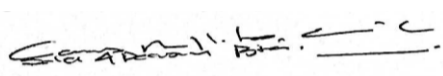
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$150.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00240 -01.

Demandante: **CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO.**

Demandado: **COOMEVA E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COOMEVA E.P.S.** contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **CAROLINA DEIK ACOSTA MADIEDO** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de incapacidades, así como la licencia de maternidad que inició el 02 de octubre de 2019.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Se encuentra afiliada a la demandada desde hace más de diez años, cotizando como independiente desde principios de 2014, estando al día en sus aportes; **2)** En 2013 nació su primera hija, J.G.D., concediéndose por parte de la E.P.S. la licencia de maternidad; **3)** El 25 de marzo de 2014 suscribió contrato de prestación de servicios con Estudios Palacios Lleras S.A.S. para actuar como abogada asociada; relación que se extendió hasta

junio de 2017, calenda en la que suscribió un nuevo contrato de trabajo; **4)** Ha cotizado el 40% del valor mensual de los ingresos percibidos como contratista; **5)** En febrero de 2019 se le informó que se encontraba en estado de embarazo y que tendría como fecha probable de parto el 13 de octubre del mismo año; **6)** En virtud de diversas contracciones que presentó, se le otorgaron diversas incapacidades así: 12 de agosto (dos días), y 09 (04 días), 12 (1 día), 13 (10 días), 24 de septiembre de 2019 (7 días); asimismo, su licencia de maternidad inició el 02 de octubre de 2019 y se extendió hasta el 04 de febrero de 2020; **7)** Radicó sus correspondientes incapacidades y licencia de maternidad; no obstante, su E.P.S. negó todas sus incapacidades señalando que la Clínica Country no era una clínica adscrita a su red de servicios y el 03 de diciembre de 2019 informó que, no se realizaría ningún tipo de transcripción de tales incapacidades; **8)** El 21 de enero tuvo que presentar; **9)** El 21 de enero 2020 interpuso acción de tutela, amparándose sus derechos fundamentales mediante sentencia del 04 de febrero de 2020; no obstante, frente a tal providencia en segunda instancia se decretaría su nulidad; **10)** El 30 de marzo de 2020 se dictó nuevamente sentencia favorable, sin embargo, el 04 de mayo del mismo año, en segunda instancia se revocó, señalándose que era competencia de la Superintendencia Nacional de Salud tales asuntos; y **11)** Impetró demanda ante la Superintendencia de Salud, sin embargo, esta señaló que actualmente no goza de competencia para conocer asuntos relativos a incapacidades y licencia de maternidad.

2. Respuesta a la Demanda.

COOMEVA E.P.S. (archivo 15), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Adujo que los dos primeros días de incapacidad se encuentran a cargo del empleador; y que las demás incapacidades e incapacidad están en estado, “pendientes de liquidar”.

3. Providencia Recurrida.

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

Demandante: **CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO.**

Demandado: **COOMEVA E.P.S.**

PRIMERO: CONDENAR a COOMEVA EPS S.A. a reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$5'920.969, por concepto de 21 días de incapacidad médica otorgada a la demandante por enfermedad general, suma que deberá pagarse debidamente indexada.

SEGUNDO: CONDENAR a COOMEVA EPS S.A. a reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$9'979.256, por concepto de licencia de maternidad otorgada a la demandante, suma que deberá pagarse debidamente indexada.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de no reconocimiento de las prestaciones económicas correspondientes a los dos primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, y **NO PROBADA** la excepción de cumplimiento de Coomeva E.P.S. por reconocimiento y pago de incapacidades a su cargo.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma equivalente a \$1'160.000.

Para arribar a la anterior decisión señaló que, no fue objeto de controversia la causación de las incapacidades y de la licencia de maternidad; que le corresponde al empleador o al trabajador independiente asumir los dos primeros días de incapacidad; que a partir del día tercero debe asumir la incapacidad así como de la licencia de incapacidad; que no se demostró el pago de las incapacidades del 09 al 22 de septiembre, y del 24 al 29 de septiembre de 2019; que ante la existencia de un salario variable debe tenerse como I.B.C el promedio del último año, al que se le aplica el porcentaje del 66,66%, teniéndose como salario promedio \$12'687.157, \$281.951; y que por lo anterior, se debe \$5'920.969 por incapacidades; que frente a la licencia de maternidad se encuentra un abono por concepto de \$43'280.791, por lo que, se adeuda \$9'979.256.

4. Argumentos de la Recurrente.

COOMEVA E.P.S. expuso que de la documental se extrae el pago de las prestaciones solicitadas por la demandante; que no se tuvo en cuenta el promedio del salario de la actora dentro del año anterior; y que no se debería condenar en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se acreditó el pago de las prestaciones económicas requeridas por la parte actora, así como se efectuó en debida forma su liquidación? y ¿hay lugar a la imposición de costas a cargo de la E.P.S. demandada?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pago de Incapacidades y Licencia de Maternidad.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador o el trabajador en calidad de independientes, como aportantes, tienen la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1.1 y 2.2.1.1.1.3. del Decreto 780 de 2016).

De esta manera, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los subsistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el aportante haya

cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un **auxilio por incapacidad**, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

Del mismo modo, tal y como lo advirtió la A Quo el reembolso que se solicite sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el artículo 222 del C.S.T. Al punto, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-543 de 2007, en la que dijo en aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, se entiende que el porcentaje del auxilio monetario no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal.

Así mismo, la H. Corte Constitucional en la sentencia T-364 del 2016, señaló que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no exista lapso mayor a 30 días y correspondan a la misma enfermedad.

Por otra parte, y en relación con la **licencia de maternidad**, se rememora que, una trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas, contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe ausentarse de su trabajo; a la madre se le deberá pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, o si se tratare de un salario que no sea fijo, el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor, según las voces del artículo 236 del C.S.T.

Demandante: **CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO.**

Demandado: **COOMEVA E.P.S.**

En el sub lite, no es objeto de controversia las incapacidades objeto de condena, así como tampoco la causación de una licencia de maternidad a favor de la demandante; sin embargo, aduce la parte actora que efectuó el pago de las mismas.

Al respecto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de prueba por escrito, en principio, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

Así las cosas, la Sala procedió a verificar a revisar la documental allegada, no obstante, no se encuentra que se hubiera acreditado el pago de las incapacidades objeto de condena, por lo que ante la ausencia de material probatorio al respecto no queda otro camino que confirmar la sentencia en tal sentido.

Por otra parte, y en cuanto a la licencia de maternidad, tal y como lo señaló la *A Quo* se acreditó un pago efectuado el 17 de noviembre de 2021 por la suma de \$43'280.791 (archivo 18); sin embargo, dicho valor es insuficiente para considerar cubierta la obligación a cargo de la E.P.S. demandada, como quiera que según las operaciones aritméticas de rigor el valor a pagar dado que la demandada tenía un salario promedio de \$12'892.099,08 era la suma de **\$54'146.816,15**, por lo que se adeuda la suma de **\$10'866.025,15**, por lo que en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará la condena impuesta.

Meses	Salario
oct-18	\$ 10'962.133,00
nov-18	\$ 6'655.197,00
dic-18	\$ 12'617.468,00
ene-19	\$ 19'331.956,00
feb-19	\$ 13'916.676,00
mar-19	\$ 17'959.953,00
abr-19	\$ 18'372.577,00
may-19	\$ 8'861.405,00
jun-19	\$ 9'303.821,00
jul-19	\$ 16'052.852,00
ago-19	\$ 12'542.277,00
sep-19	\$ 8'128.874,00
Promedio mensual	\$ 12'892.099,08
Promedio diario	\$ 429.736,64
Valor Licencia de Maternidad	\$ 54'146.816,15

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de COOMEVA E.P.S., era dable a imposición.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00240 -01.
Demandante: **CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO.**
Demandado: **COOMEVA E.P.S.**

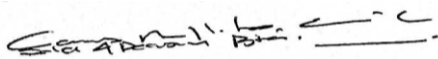
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de E.P.S. COOMEVA como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00259 -01.

Demandante: **CENELDIS GUERRA ESCOBAR.**

Demandado: **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 4-72**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **CENELDIS GUERRA ESCOBAR** contra la providencia que el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 11 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 4-72.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 19 de septiembre de 2016 al 18 de noviembre de 2018; que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, intereses moratorios, indexación y perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 19 de septiembre de 2016 celebró con la demandada contrato de trabajo para desempeñar el cargo de Profesional Jurídico con una

asignación mensual de \$3'500.000; **2)** Saliendo a licencia de maternidad, el 06 de junio de 2017 se prorrogó su contrato de trabajo por dos meses, hasta el 18 de noviembre de 2017; **3)** El 08 de mayo de 2017, E.P.S. Sanitas entrega fecha probable de parto, estableciendo que el inicio de tal licencia para el 10 de junio de 2017 y, hasta el 16 de octubre de 2017; lo que informó al personal de la empresa el 09 y 18 de mayo de 2017; **4)** El 30 de mayo de 2017, la Directora de Gestión Humana le remite oficio, solicitando la radicación de incapacidades y licencia de maternidad; **5)** El 11 de septiembre de 2017 se solicitó su reintegro; **6)** El 19 de septiembre de 2017 la empresa manifiesta que terminara el contrato de trabajo el 18 de noviembre de 2017 por expiración del plazo fijo pactado; **7)** El 30 de noviembre de 2017 se solicitó su traslado a la Regional Centro B; **8)** El 04 de diciembre de 2017 se hace entrega de los procesos judiciales, extrajudiciales y de la cartera de la Regional Centro B; **9)** El 01 de marzo de 2018 el Juzgado 7 Administrativo del Circuito de Tunja, dicto fallo de tutela dentro del Rad.15001-33330072018-0011-00, por lo que, presentó la impugnación de la tutela el 07 de marzo de 2018 a las 5:12 P.M. por medio de correo electrónico y, al día siguiente, físicamente; ello, en virtud de la revisión tardía de su supervisor; **10)** El 14 de marzo de 2018 se inició proceso interno disciplinario en su contra, siendo trasladada el 22 de marzo 2018 a Secretaria General; **11)** El 04 de abril de 2018 presenta queja por acoso laboral; **12)** El 01 de junio de 2018 es citada a diligencia de descargos de apertura del proceso disciplinario, empero, no comparece; **13)** El 26 de junio de 2018 recibe la Oficina de Control Interno Disciplinario comunicación de la Dirección Nacional de Gestión Humana, decidiéndose la terminación del contrato de trabajo; **14)** El 04 de julio de 2018 se dio apertura al proceso disciplinario por los Exp.2018-071 y 2018-072, alusivos al correo certificado No. Guía RN953453784CO y a su actuación en la tutela referida; **15)** El 08 de agosto de 2018 solicitó reliquidación de sus acreencias laborales finales; **16)** El 21 de agosto de 2018 se ratifica la terminación del contrato de trabajo; **17)** El 28 de enero de 2019, luego, de recibirse diversas versiones libres, se dispuso por parte de la empresa el archivo de las diligencias referentes a la investigación del expediente 2018-072; **18)** El 30 de septiembre de 2018 (sic) se emite decisión de cierre de investigación disciplinaria frente al Exp.2018-072; no obstante, el 22 de octubre de 2019 se declara su nulidad; **19)** El 27 de febrero de 2020 por el Exp.2018-071 se

decide suspensión, lo que se confirma el 23 de junio del mismo año; y **20)** El Exp.2018-072 se encuentra en traslado de un recurso de reposición.

2. Respuesta a la Demanda.

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 4-72 (fls. 202 a 216 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, y extremo temporal inicial; el periodo de incapacidad y licencia de maternidad; la citación a descargos; la realización de un proceso disciplinario a la actora; y la inasistencia de esta la rendir los descargos aludidos.

Adujo que los extremos contractuales del contrato que tuvo la parte actora con la entidad se encontraron enmarcados inicialmente por el término de un año, dentro del cual se acordó como fecha inicial el 19 de septiembre de 2016; que el 17 de septiembre de 2017 las partes suscribieron otro sí, acuerdo que determinó el contrato por un término de dos (2) meses, el cual tuvo una vigencia desde el 19 de septiembre de 2017 hasta el 18 de noviembre de 2017 y, posteriormente se suscribió prórroga con fecha inicial, 19 de noviembre de 2017, hasta el 18 de noviembre de 2018, estableciendo así un vínculo contractual de un año; que el acuerdo realizado entre las partes fue finalizado por el empleador, en razón que se configuró una justa causa dando por terminado el vínculo contractual el 01 de junio de 2018; que en proceso con radicado 2018-071 que adelantó la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario, la demandante fue sancionada, teniendo en cuenta que de conformidad de los hechos y las pruebas que se estudiaron dentro del proceso se tuvo por demostrado su conducta como falta grave a título de dolo; y que el objeto de esta investigación fue el uso inadecuado del correo certificado de la entidad en favor suyo, respecto del envío de la comunicación bajo guía RN953453784CO, lo que a su vez generó su desvinculación.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, así como el inició de la relación laboral; que está demostrado que se despidió a la actora el 01 de junio de 2018 mediante la carta de terminación; que en cuanto a la justa causa, se encuentra demostrada la inobservancia de las obligaciones que como profesional le correspondía a la demandante, quien ante el descuido en sus funciones en una acción de tutela, se generó un incidente de desacato que generó el arresto, en suma, a que, uso herramientas de trabajo para fines distintos de los acordados contractual y reglamentariamente, al enviar correspondencia por fuera del cumplimiento de sus funciones; y que no se cumplió el procedimiento para el despido dispuesto en el reglamento interno de trabajo, por demás que la actora no compareció a su diligencia de descargos ni solicitó aplazamiento alguno.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** expone que el proceso laboral se informó el 01 de junio de 2018 a las 8:30 A.M. para el mismo día, por lo que, en tal lapso no era posible para ejercer la defensa, y los descargos, por demás que, la decisión ya estaba tomada; que no se probó que la actora hubiera hecho los envíos, nunca se presentó la intención de arresto del representante legal porque su actuar fue idóneo y la sentencia fue favorable; que la respuesta que dio la actora es precisamente la que salva a la entidad y a su representante, razón por la que no se dio la aludida aprehensión; y que la entidad pretendió organizar una justa causa, hizo uso de su posición dominante, por lo que, debe verificarse la parte humana conforme a todos los antecedentes que giraron en torno a la actora, lo que empezó cuando hizo uso de su licencia de maternidad, se hizo una prorroga a dos meses, y cuando detectan el error lo hacen a un año.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable considerar que el despido de la actora fue sin justa causa y/o vulneró su derecho fundamental al debido proceso?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Despido Sin Justa Causa. Procedimiento Disciplinario.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que

fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo (CSJ SL592 de 2014, y CSJ SL2386-2020).

Por otra parte, y en relación con el procedimiento disciplinario es necesario precisar, que CSJ SL15245-2014 y CSJ SL2351-2020, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según CSJ SL2351-2020.

En igual sentido, CSJ SL2150-2020 tiene adoctrinado que por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria.

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que, el hecho del despido se acreditó con la comunicación del 01 de junio de 2018 obrante a folios 88 a 93 del archivo 02, en la que se dispone: **i)** mediante correo electrónico con No. De guía RN953453784CO devuelto a la Dirección Nacional de Gestión Humana el 25 de mayo de 2018, cuyo contenido era un oficio emitido por el I.C.B.F. y en el que la demandante solicitó una audiencia de conciliación dentro del proceso de investigación de paternidad de su hijo menor de edad; que con ello se hizo uso del servicio de envíos de la empresa para fines distintos de los labores, y se descubrió que se habían realizado varios envíos por correo certificado cargados al centro de costos de la aludida dirección, pese a que se trataba de temas personales de la actora; y **ii)** el 28 de mayo de 2018 se dio apertura a un proceso disciplinario laboral en contra de la actora en razón a que registró incumplimientos en el desarrollo de sus funciones, específicamente en las acciones de tutela N°

2018-0011 y 2018-0009 interpuestas por los señores Luis Alfredo Cañón Núñez y Movel Manuel Díaz Correa; que en el primer caso, se profirió sentencia de primera instancia, sin embargo, se presentó de forma extemporánea la impugnación, motivo por el que no se surtió la segunda instancia; y en el segundo caso, dado que por la falta de seguimiento de tal proceso se llegó a incidente de desacato, pese a existir contestación del derecho de petición que se estaba solicitando respuesta, no obstante, no estar este notificado.

Igualmente, en la aludida comunicación se dejó constancia de la inasistencia de la demandante a diligencia de descargos.

Así las cosas, le correspondía al empleador acreditar las justas causas a las que hizo alusión en la citada comunicación del 01 de junio de 2018 y de ser el caso, que efectuó el procedimiento disciplinario de rigor.

Al respecto, encuentra la Sala al último presupuesto en mención que, no se allega acuerdo colectivo que contenga un procedimiento disciplinario, así como tampoco se avizora este en el contrato de trabajo (fls.40 a 48 del archivo 02). De igual manera, al plenario se allegó Reglamento Interno de Trabajo, el que dispone en el artículo 46 que son sanciones disciplinarias, el llamado de atención, la multa, y la suspensión de labores; sin embargo, el parágrafo del artículo 49 dispone que, la comisión de cualquiera de las faltas calificadas como graves dará lugar a la terminación del contrato con justa causa, siguiendo el procedimiento establecido (archivo 17).

Al punto, se encuentra en los artículos 50 y 51 s que, el procedimiento para comprobar faltas y aplicar sanciones disciplinarias consiste en que, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si este es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca; que se dejará constancia escrita de los hechos, y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva; y que no producirá efectos la sanción impuesta en violación de tal trámite.

Pues bien. Observa la Sala que, previo a la terminación del contrato de trabajo de la accionante, esta fue llamada a descargos el 31 de mayo de

2018, dejándose constancia de su notificación a las 8:20 A.M. Del mismo modo, se allegó la correspondiente diligencia de descargos que se llevó a cabo el 01 de junio de 2018, dejándose constancia de la inasistencia de la actora y que no efectuó ningún tipo de solicitud de aplazamiento, así como de la decisión de su contrato de trabajo sería terminado (fls. 15 a 22 del archivo 11).

De esta manera, es claro que se acreditó el cumplimiento del procedimiento contemplado reglamentariamente, el que en suma, no establece un término de días u horas previas para que se pueda organizar algún tipo de defensa, según lo dispuesto allí, basta con brindar la posibilidad de escuchar a su trabajador antes de la imposición de algún tipo de sanción. Por ende, considera la Sala que, si el despido se encuentra amparado por una justa causa, no es dable predicar la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Sobre el tópico, encuentra la Sala que frente al primer motivo que se adujo como justa causa, se allegó correo electrónico con No. De guía RN953453784CO del 23 de mayo de 2018, en cual consta que se remitió a nombre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. al señor Duglas Mendoza, y que tal comunicación contenía una citación a una audiencia de conciliación por investigación de paternidad de su hijo menor de edad. Asimismo, se allegó el envío No. RN953026344CO del 22 de mayo de 2018 a nombre de la empresa e igual remitente, y en versión libre rendida por la actora ante proceso disciplinario que se le inició, aceptó que el uso de dicho correo electrónico tenía un protocolo y que era únicamente de uso institucional (fls. 7 a 11, 139 y 140 del archivo 11). Por ende, están acreditados los supuestos de hecho que se le endilgan.

En cuanto a la segunda causal que enunció la demandada, el Secretario General de la demandada, Luis Carlos Ballén Rojas, solicitó la apertura de un proceso disciplinario en contra de la actora por cuanto encontró en el ejercicio de su cargo de Profesional Jurídico, deficiencias en la atención del trámite de las acciones de tutelas 2018-0011 y 2018-009, promovidos por Luis Alfredo Cañón Núñez y Mover Manuel Díaz Correa, respectivamente.

En efecto, el señor Luis Carlos Ballén Rojas señala frente a la primera tutela en mención que, la demandante no presentó la impugnación de la sentencia de primera instancia en término y que esta se tuvo esta por extemporánea pues se tenía hasta el 07 de marzo de 2018 para presentarla; esto que se dice es coincidente con los hechos de la demanda, de los que se logra extraer que, frente a este trámite tutelar, el 02 de marzo de 2018 se le notificó el fallo de primera instancia y, que el 07 de marzo de 2018 a las 5:12 pm envió la actora impugnación correspondiente, esto es, por fuera del horario hábil (hecho 20, fl.8 del archivo 02), ello, con la claridad que no se acreditó por parte de la parte actora que la razón de la prestación tardía de la tutela fuera consecuencia de un actuar ajeno a ella, como se anuncia en la demanda, donde se señala que existió una revisión tardía de su coordinador.

En cuanto al segundo expediente dijo el señor Luis Carlos Ballén Rojas que, no se hizo el seguimiento correspondencia pues ante el derecho de petición que se estaba solicitando el amparo tutela, ya se había emitido respuesta, empero no se había notificado, sin embargo, sólo hasta que se arribó a incidente de desacato, se dio trámite a tal petición y con ello, se logró archivar el mismo (fls. 13 a 15 del archivo 11); declaración que es concordante con el testimonio de María Yaneth Galindo Barbosa, quien dijo que, el desacato que se inició contra la entidad, iba a perjudicar al Presidente de la compañía que en su momento era el doctor Juan Manuel, pues pudo ser objeto de arresto; que este incidente inició porque la actora no cumplió a cabalidad las funciones de su cargo; y que dentro del proceso disciplinario que se siguió, se comprobó que la actora no había cumplido con algunas funciones de su cargo.

Así las cosas, considera la Sala que ciertamente están acreditadas las justas causas de despido, puesto que no sólo se hizo un uso indebido de los elementos de trabajo por parte de la demandante, al usarse la plataforma de envío de correos electrónicos para atender asuntos de índole personal, sino que también se avizora una falta de diligencia en la prestación de servicios que le correspondían a la demandante como Profesional Jurídico.

Ciertamente, estas actuaciones y omisiones de la demandante constituyen un incumplimiento grave de sus obligaciones como trabajadora, pues el artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo dispone en sus numerales 16 y 28, que es falta grave, la no entrega de la labor encomendada en el momento asignado sin excusa suficiente, aun por primera vez, así como cualquier acto de negligencia, descuido u omisión en que incurra el trabajador en ejercicio de sus funciones (archivo 17).

En consecuencia, se considera acertada la decisión de la A Quo de considerar que el despido fue con justa causa, por lo que, se confirmará.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de mayo de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

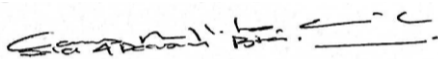
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00259 -01.
Demandante: **CENELDIS GUERRA ESCOBAR.**
Demandado: **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 4-72**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00307 -01.

Demandante: **MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FONSECA.**

Demandado: **DB&B CONSULTING S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ambas partes** contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FONSECA** adelanta contra **DB&B CONSULTING S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 02 de junio de 2017 al 06 de septiembre de 2019; que dicha relación laboral finiquito de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador; y que existe una diferencia salarial discriminatoria. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; sanción por no consignación de las cesantías; cesantías; diferencias salariales, primas de servicios, vacaciones, seguridad social insolutas; intereses sobre las cesantías; indexación; y honorarios de los abogados.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar mediante contrato a término fijo el 02 de junio de 2017 como Consultor Funcional; **2)** El 04 de septiembre de 2019 se le dio por terminado su contrato de trabajo, con efectos a partir del 06 del mismo mes y año; no obstante, la liquidación se efectúa como si se estuviera frente a un contrato a término indefinido, así como se liquida sobre la base de \$1'500.000; **3)** En la aludida liquidación no se incluyó la bonificación que percibía mensualmente por valor de \$700.000; rubro que tampoco se tuvo en cuenta para el pago de seguridad social y prestaciones sociales; y **4)** Puso en conocimiento de la empresa la anterior situación; sin embargo, a la fecha no se ha emitido ningún pronunciamiento por parte de esta.

2. Respuesta a la Demanda.

DB&B CONSULTING S.A.S. (fls. 396 a 413 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato a término fijo que inició el 02 de junio de 2017, así como el cargo del actor y la terminación de la relación laboral.

Adujo que la empresa durante años desconoció el documento contentivo de la duración del contrato a término fijo, por eso todos los reconocimientos que se hicieron fue con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades; que si bien se dio terminación al contrato de trabajo el 06 de septiembre de 2019, también se remitió una retractación con el fin de continuar un nuevo proyecto asignado por Oxxo, a lo cual la actora no accedió; que para el momento del finiquito contractual no tenían recursos para continuar con el servicio; y que se realizó la liquidación sobre la base de \$2'100.000, esto es, incluyendo todos los factores que correspondían a salario, valor que sería promediado de conformidad con los salarios pagados.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre MONICA ANDREA RODRIGUEZ FONSECA, y DB&B CONSULTING S.A.S comprendido desde el 02 de junio de 2017 hasta el 06 de septiembre de 2019, con una asignación mensual de \$2'141.666.

SEGUNDO: CONDENAR a DB&B CONSULTING S.A.S al pago de la indemnización por despido injusto, con contrato a término indefinido correspondiente a la suma de \$14'991.661.

TERCERO: ABSOLVER a DB&B CONSULTING S.A.S de las demás pretensiones incoadas por la actora.

CUARTO: Conforme a la condena impuesta se ordena a la demandada a aplicar la correspondiente indexación teniendo en cuenta el I.P.C. desde la fecha de terminación de la relación laboral hasta el momento en que se efectuó el pago

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada DB&B CONSULTING S.A.S, de PRECIPCIÓN; PAGO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN; BUENA FE; INNOMINADA O GENERICA, dadas las resultas del proceso.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada por ser vencida en juicio.

Para arribar a la anterior decisión señaló, luego de hacer alusión al acervo probatorio que, el contrato de trabajo que rigió entre las partes fue a término fijo, pues se allegó certificación sin que esta se hubiera logrado desvirtuar su contenido fehacientemente; que no existió controversia en cuanto a cuanto a que el salario del demandante asciende a \$1'500.000 como básico y \$700.000 como bonificación, teniéndose un promedio de \$2'141.666 sobre los últimos tres meses, pues dicha bonificación no se pagó durante toda la relación laboral; que se acreditó que el contrato terminó sin justa causa, no obstante, que se liquidó conforme un contrato de duración indefinido pese a ser a término fijo, de manera que, es dable su reajuste en la suma faltante, esto es, \$14'991.661; que no se impone sanción por no consignación de las cesantías, pues estas se pagaron en debida forma, motivo por que el tampoco es dable reconocer prestaciones sociales ni vacaciones, por demás que, se aceptó su pago en interrogatorio de parte y no se acreditó que existiera alguna diferencia que no hubiera sido objeto de pago; que no se impone sanción moratoria, puesto que no se impone condena por salarios o prestaciones sociales, no obstante la indemnización por despido sin justa causa se debe reconocer de forma indexada; y que no operó prescripción para considerar que se extinguió el reajuste condenado.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** expuso que el salario de la demandante era de \$2'200.000, lo que lleva a que la indemnización condenada sea mayor, así como se pagó las prestaciones sociales y vacaciones sobre un salario menor, en virtud de tal diferencia salarial; y que por lo anterior, es dable el reconocimiento de sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

Por su parte, **DB&B CONSULTING S.A.S.** manifestó que la demandante también confesó el pago de la indemnización por despido injustificado, existiendo buena fe de la demandada en todo momento; que la demandante confesó que la demandada le hizo un favor para la Junta Central de Contadores y por eso certificó que estaba en un contrato a término fijo, cuando en realidad era de duración indefinida; y que el contrato a término fijo fue un favor para que la actora adquiriera su tarjeta profesional, tal y como confesó en interrogatorio de parte.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por ninguno de los apoderados de las partes.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿El contrato que unió a las partes lo fue por duración indefinida?, y ¿es dable reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización por despido sin justa causa pagadas al empleador bajo un salario de \$2'200.000?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Modalidad Contractual. Valor Probatorio Certificaciones.

CSJ Rad. 54003 del 24 abril de 2012, CSJ Rad. 54660 del 21 de noviembre de 2017 y CSJ SL4909-2020 ha enseñado que en el marco jurídico que regula las relaciones laborales, el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley; que la vinculación de trabajadores a través de contratos de trabajo a término fijo, goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina; y que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informarlo mediante preaviso con 30 días de antelación al plazo pactado.

De esta manera, es claro que el empleador goza de la libertad de acudir a la modalidad contractual que más le conviniere, ya fuera un contrato de trabajo a término fijo o un contrato a término indefinido.

En tal sentido, al plenario se arrimó contrato de trabajo suscrito por las partes el 01 de junio de 2017, el cual se encuentra debidamente firmado tanto un representante del empleador, como por el trabajador y, en el que se determinó que la modalidad contractual que regirá a las partes es un contrato a término fijo y que su duración será de un año desde el 02 de junio del 2017 (fls. 3 a 5 del archivo 04).

Al punto, habrá de recordarse que en materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual y *“a la luz de la jurisprudencia, lo que importa no es la forma como se elaboró o se firmó, o se acordó una relación sino cómo se desarrolla”* (CSJ SL329-2020), de modo que, si en la ejecución de un contrato de trabajo se celebran actos entre las partes que en la realidad no se llevaron a cabo, conforme al principio en estudio primará la realidad sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

Sin embargo, encuentra la Sala que en el desarrollo de la relación laboral no se avizora de forma alguna que el empleador hubiera comprendido que estaba frente a un contrato a término fijo, pues aunado a que plasmó la intención de que tal modalidad contractual rigiera la relación de las partes con la suscripción escrita del aludido contrato, se encuentra que el 27 de mayo de 2019, emitió certificación en la que manifestó que el demandante se encontraba vinculado a través de un contrato a término fijo (fls. 27 y 28 del archivo 04), con lo que resulta claro que la intención del empresario, no fue otra que, tener a su trabajador vinculado mediante este tipo de modalidad contractual.

Al punto, se rememora frente a las certificaciones emitidas por el empleador que, en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en ellas, deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

Sin embargo, en el caso no se avizora prueba alguna que desvirtué el contenido de la certificación en estudio, pues contrario a lo que manifestó

el impugnante en ningún momento la demandante confesó que su relación laboral se desarrolló mediante un contrato a término indefinido, ya que, esta fue clara en señalar que, el pago de su liquidación final de prestaciones sociales era errada, pues no se tuvo en cuenta que su contrato era a término fijo, y que si bien el contrato se firmó con la intención de dar trámite a su tarjeta profesional, fue suscrito por las dos partes y reflejaba la realidad laboral desde el momento de la contratación en junio del 2017.

En tales condiciones, no es dable considerar que el contrato que rigió a las partes lo fue a término indefinido, por lo que, en tal sentido, resultaba dable el reajuste de la indemnización pagada por concepto de despido sin justa causa, teniendo en cuenta el tiempo de labor que le faltare para cumplir el plazo pactado; sin embargo, para determinar si se este se encuentra bien liquidado se hace necesario verificar si el salario que se tomó es acertado.

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de CSJ Rad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJ Rad. 40509 03 de julio de 2013, CSJ Rad. 4369609 de julio de 2014, CSJ SL865-2019, y CSJ SL4866-2020, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación

que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que en la demanda se presenta inconformidad con el salario que se tuvo para realizar la liquidación final de prestaciones sociales, pues se aduce que además del salario básico, la demandante devengaba una bonificación de \$700.000. Al respecto, la demandada aceptó que el salario de la demandante estaba constituido por un salario básico de \$1'500.000 y una bonificación, rubro que ciertamente se pagaba de forma periódica, tal y como se desprende de los comprobantes de nómina de folios 6 a 13 del archivo 04. Por tanto, no existe duda que la bonificación en efecto era un rubro que debía ser tenido en cuenta como salario.

Ahora bien, y en cuanto al valor de tal bonificación se observa que desde el correo del 05 de junio de 2017 se dispuso su pago como salario variable, señalándose que dicho rubro sólo se pagaría cuando la demandante se encontrara asignada a un proyecto (fl.11 del archivo 10); lo que mantuvo en el desarrollo de la relación laboral y en los cambios de salarios que se iban estableciendo, en las que siempre se hacía mención que la bonificación era salario, pero que para su pago era necesario la asignación de proyectos, teniéndose que último valor pactado fue la suma de \$700.000 (fls. 19 y 20 del archivo 10).

De esta manera, resulta lógico que el pago de \$2'200.000 que alega el impugnante únicamente fuera dable realizarlo por el empleador, si se encuentra demostrado que durante los meses que se pagó una suma inferior la demandante estuvo asignada a algún tipo de proyecto que la hiciera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00307 -01.

Demandante: **MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FONSECA.**

Demandado: **DB&B CONSULTING S.A.S.**

acreedora al pago total de tal bonificación; sin embargo, no encuentra la Sala elemento alguno que permita establecer la causación de tal bonificación para los meses que se acreditó un pago inferior, como lo fue en los meses de enero y agosto de 2019 (fls. 7 y 10 del archivo 04).

En consecuencia, se considera acertado que el A Quo no accediera al reajuste de liquidación final de prestaciones sociales, vacaciones, así como de aportes a seguridad social e indemnización por despido sin justa causa, sobre la base salarial de \$2'200.000, pues como quedó visto, no existen elementos que permitan establecer la causación de la bonificación sobre el valor de \$700.000 a lo largo toda la relación laboral.

Lo que se dice, por sustracción de materia permite establecer que no hay lugar a sanciones moratorias, ante la falta de reajuste por concepto de prestaciones sociales, por lo que, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00307 -01.

Demandante: **MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FONSECA.**

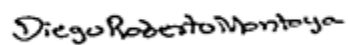
Demandado: **DB&B CONSULTING S.A.S.**

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

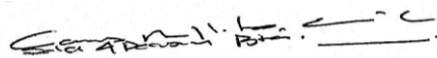
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00413 -01.

Demandante: **JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ.**

Demandado: **SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA. Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

AUTO

RECONOCER personería adjetiva para actuar como apoderado sustituto de los demandados a David Steven Castro Bonilla identificado con C.C. 1.022.417.652 de Bogotá y T.P. 406.737 del C.S. de la j, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder conferida.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **SEGURIDAD FÉNIX DE COLOMBIA LTDA., SANDRA SOLEDAD PANTOJA ROSALES e IVAR FERNANDO ESTEBAN PANTOJA** contra la providencia que el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ DAVID MONTAÑO LÓPEZ** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo de obra o labor con SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA S.A. del 04 de abril al 03 de julio de 2019; que laboró

horas extras; que su salario estaba compuesto por el básico, horas extras y auxilio de transporte; que el contrato terminó de forma unilateral y sin justa causa; y que SANDRA SOLEDAD PANTOJA ROSALES e IVAR FERNANDO ESTEBAN PANTOJA deben responder en solidaridad de las condenas que se impongan en su calidad de socios. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salario del 16 de junio al 03 de julio de 2019, aportes a pensión, salarios dejados de percibir, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 04 de abril de 2019 celebró contrato de obra o labor con SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA S.A., para lo cual prestaba sus servicios por turnos; **2)** Le pagaban de forma semanal, debiendo trabajar los días viernes, sábados, domingos y festivos; **3)** A las dos semanas informó la tardanza en sus pagos y, le fue señalado que su labor no era por turnos, sino fijo; por ello, el empleador ordenó la celebración de un nuevo contrato de trabajo, en el que se estableció que tendría el cargo de Guarda de Seguridad con una jornada de 12 horas, de 6:00 P.M. a 6:00 A.M.; cargo en el que se dedicaba al cuidado de maquinaria y elementos de construcción de la empresa Concrescol; **4)** En adición a la jornada mencionada, trabajó ocasionalmente turnos de 24 horas; **5)** Laboraba bajo el siguiente esquema de turnos:

	LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
SEMANAS 1 Y 3	Turno nocturno doce (12) horas	Turno nocturno doce (12) horas	Turno nocturno doce (12) horas	Turno nocturno doce (12) horas	Turno nocturno doce (12) horas	Descanso	Turno de veinticuatro (24) horas.
SEMANAS 2 Y 4	Descanso	Turno nocturno doce (12) horas	Turno nocturno doce (12) horas	Turno nocturno doce (12) horas	Descanso	Turno de veinticuatro (24) horas	Descanso

6) Devengaba \$828.116 más auxilio de transporte; **7)** El 03 de julio de 2019 se le informó que no debía prestar sus servicios el día siguiente, sino que debía dirigirse a la empresa; **8)** El 04 de julio de 2019 se le dio por terminado su contrato de trabajo, pese a que la labor con Concrescol continuaba su curso; **9)** No le pagaron horas extras ni dominicales, así como se adeudan las acreencias laborales que pretende; y **10)** SANDRA SOLEDAD PANTOJA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00413 -01.

Demandante: **JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ.**

Demandado: **SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA. Y OTROS.**

ROSALES e IVAR FERNANDO ESTEBAN PANTOJA son socios de la sociedad demandada.

2. Respuesta a la Demanda.

SEGURIDAD FÉNIX DE COLOMBIA S.A., SANDRA SOLEDAD PANTOJA ROSALES e IVAR FERNANDO ESTEBAN PANTOJA (archivos 05 y 11), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptaron la celebración de dos contratos de trabajo el 04 y el 22 de abril de 2019; la forma de pago al inició de la relación laboral, así como la prestación de servicios de viernes a festivo; su cargo; el salario que percibía junto con el auxilio de transporte; la fecha de terminación del contrato de trabajo; la falta de pago de horas extras y dominicales; y la calidad de socios de SANDRA SOLEDAD PANTOJA ROSALES e IVAR FERNANDO ESTEBAN PANTOJA.

Adujeron que entre el actor y SEGURIDAD FÉNIX DE COLOMBIA S.A. existieron dos contratos de trabajo, el primero, por tiempo parcial, y el segundo de obra o labor; que a partir del segundo contrato el pago era mensual; que la jornada del actor no excedía el mínimo legal; que se reconoció y pagó cada una de las acreencias laborales a favor del actor.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor y la ASEGURADORA FÉNIX DE COLOMBIA LTDA. existieron dos contratos de trabajo así:

1.1 Del 4 de abril de 2019 hasta el 21 de abril de 2019.

1.2 Del 22 de abril de 2019 al 3 de julio de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a ASEGURADORA FÉNIX DE COLOMBIA LTDA. a pagar a JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ, la suma de \$16.555, por concepto de diferencias en el valor pagado por liquidación final de prestaciones sociales.

TERCERO: CONDENAR a ASEGURADORA FÉNIX DE COLOMBIA LTDA. a pagar al actor \$828.116, por concepto de la indemnización por despido sin justa, que deberá ser indexada al momento del pago, por las razones expuestas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00413 -01.

Demandante: **JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ.**

Demandado: **SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA. Y OTROS.**

CUARTO: CONDENAR a ASEGURADORA FÉNIX DE COLOMBIA LTDA. a pagar al actor la suma de \$19.570.527, por concepto de indemnización moratoria.

QUINTO: CONDENAR a la ASEGURADORA FÉNIX DE COLOMBIA LTDA. a efectuar el pago del cálculo actuarial por aportes en pensión a Porvenir, fondo al que se encuentra afiliado JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ, según liquidación que realice dicha AFP, por el periodo comprendido entre 4 de abril hasta el 30 de abril de 2019, tomando como ingreso base de cotización la suma de \$828.116.

SEXTO: DECLARAR la existencia de responsabilidad solidaria frente a las condenas impuestas a SANDRA SOLEDAD PANTOJA ROSALES e IVAR FERNANDO ESTEBAN PANTOJA como socios capitalistas de ASEGURADORA FÉNIX DE COLOMBIA LTDA. hasta el limite de responsabilidad de cada uno frente a la sociedad.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la sociedad demandada, de las demás pretensiones formuladas en su contra.

OCTAVO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Para arribar a la anterior decisión señaló que se encuentra acreditado que el demandante prestaba sus servicios como Guarda de Seguridad, lo que se realizó a través de dos contratos de trabajo, pues las condiciones que regularon ambos contratos son disímiles, pues la duración es diferente, así como la forma de prestación del servicio; que pese a que obra certificación, se logró desvirtuar, como quiera que del demás acervo probatorio es dable establecer la existencia de los dos contratos aludidos; que no se encuentra acreditado de forma fehaciente y certera el tiempo en que se prestó el servicio extraordinario, por lo que, en tales condiciones no es posible su reconocimiento; que a efectuarse la liquidación final de prestaciones sociales y salarios adeudados se encontró que existía una diferencia de \$16.555, siendo dable el pago de este rubro; que hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, pues aunado que se demostró el hecho del despido con la carta del 03 de julio de 2019, no obstante, no obra prueba alguna de la que se pueda desprender cuales fueron los servicios que prestó la demandada a su contratante, Concrecol, así como tampoco la expiración de tal obra; que por lo anterior, tal contratación debe tenerse como a término indefinido, pues aunado a ello, el contrato no ofrece claridad acerca de la obra o labor a realizar, siendo dable liquidar la indemnización bajo tal tipo de modalidad contractual; que no se acreditó el pago del aporte a pensión de abril de 2019, por lo que, es dable ordenar su reconocimiento; que se debe pagar indemnización moratoria hasta el 22 de junio de 2021, pues en esta calenda se enteró el trabajador de la consignación de las prestaciones sociales y salarios que la empresa demandada creía deber; y que hay lugar a condenar en solidaridad a los socios, personas naturales demandados,

pues se está frente a una persona en una sociedad de personas, quienes deben responder hasta el límite de sus aportes.

4. Argumentos de las Recurrentes.

Los **demandados** expusieron que no se tuvo en cuenta que el contrato que rigió la relación laboral era un contrato de obra o labor, que estaba sujeto al cliente Concescol y que el actor era vigilante, lo que no podía realizar si no había vínculo con el aludido cliente; y que el demandante manifestó en interrogatorio de parte que cuando regresó no había una persona prestando el servicio que él hacía, pues se entiende que no existió continuidad en la prestación del servicio de vigilancia a la empresa cliente, no siendo dable en tal escenario, reconocer indemnización por despido sin justa causa.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Se encuentra debidamente acreditado que la relación laboral estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido?, y ¿es dable el reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Del Contrato de Obra o Labor. Primacía de la Realidad Sobre las Formas.

El contrato de obra o labor es aquel se firma por el tiempo que dure la ejecución de una obra, actividad o labor determinada, tal y como se desprende del artículo 45 del C.S.T. que señala que el contrato de trabajo se puede pactar *“por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada”*, de modo que, debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo concluyó teniendo en cuenta esta, pues de allí es de donde resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución (CSJ SL3796-2017).

De igual manera, CSJ Rad.54003 del 24 de abril de 2014 reiterada en CSH Rad. 48879 del 19 de octubre de 2016 y SL4909-2020, explicó que, el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. De esta manera, el empresario puede acudir a la modalidad contractual que más le conviene a sus necesidades; no obstante, el tiempo que dura la realización de una obra o labor determinada tiene un límite que se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, de modo que, en virtud del principio de primacía de realidad, es posible establecer que un contrato que fue pactado formalmente por obra o labor contratada, en realidad atiende a la naturaleza jurídica de un contrato a término indefinido (CSJ SL20718-2017)

Descendiendo al caso, se encuentra que entre el demandante y SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA. se celebraron dos contratos de trabajo. El primero, el 04 de abril de 2019 a tiempo parcial, señalándose que

el actor desempeñaría el cargo de Guarda de Seguridad y que esto lo haría sábados, domingos y festivos en Concescol, y que la duración correspondería al tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada, es decir, el contrato de prestación de servicios de vigilancia con el cliente al cual se encuentra asignado (fls. 13 y 14 del archivo 05). Luego, el 22 de abril de 2019, entre el demandante y la empresa demandada se celebró un segundo contrato, en el que se determinó que era de obra o labor, que su cargo sería el de Vigilante, que desempeñaría su labor en Concescol y que la duración correspondería al tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada, es decir, el contrato de prestación de servicios de vigilancia con el cliente al cual se encuentra asignado (fls. 11 y 12 del archivo 05).

De esta manera, es claro que formalmente la modalidad contractual que rigió las vinculaciones del demandante con SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA., fueron contratos de obra o labor, sin que se observe que se trate de contratos que pudieren perpetrarse en el tiempo, y por ende, que su naturaleza fuera indefinida; en efecto, tal y como se advierte en los aludidos contratos de trabajo la labor del demandante dependía del contrato de prestación de servicios de vigilancia que existía entre la aludida empresa de seguridad y su cliente, en este caso, Concescol, por lo que, para considerar que se estaba frente a un contrato a término indefinido se debió desplegar una actividad probatoria más prolija, pues con el material obrante en juicio, no se encuentran razones debidamente fundamentadas y acreditadas que permitan en virtud de del principio de primacía de la realidad cambiar la modalidad contractual pactada por las mismas partes, nótese como no obra documento que dé cuenta de ello, no acudió a juicio testigo alguno que diera cuenta de tal situación, así como tampoco se incurrió en confesión por algún demandado, en cuanto a que tal contrato se pudiera considerar como perpetrado en el tiempo.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia en el sentido de ADICIONAR que los contratos del 04 de abril de 2019 al 21 de abril de 2019 y del 22 de abril de 2019 al 03 de julio de 2019 eran de obra o labor. Con fundamento en ello, se estudiará si hay lugar a indemnización por despido sin justa causa.

Despido Sin Justa Causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Dicho lo anterior, encontramos que a folio 35 del archivo 01 se allegó carta de terminación del contrato de trabajo del 03 de julio de 2019, en la que se señala que se daba por finiquitada la relación, por cuanto finalizó la labor contratada.

Al respecto, no encuentra la Sala prueba alguna que dé cuenta de la terminación del presunto contrato de prestación de servicios que existía entre SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA S.A. y Concescol, siendo insuficiente para ello, lo que fuera declarado por el demandante al momento de rendir interrogatorio de parte la manifestar que una tarde cuando pasó por el lugar donde prestaba sus servicios, no vio a un vigilante, pues aunado a que se trata de una información genérica, con esta no se puede establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar con la que finiquitó la relación comercial entre la empresa demandada y su cliente.

En tales condiciones, resulta procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa al no acreditarse la causal de despido; sin embargo, y dado que se está frente a un contrato de obra o labor, tal sanción se debe calcular de conformidad con el inciso 3° del artículo 64 del C.S.T., esto es, con el valor de los salarios correspondiente al lapso determinado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00413 -01.

Demandante: **JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ.**

Demandado: **SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA. Y OTROS.**

por la duración de la obra o la labor contratada, sanción que no podrá ser inferior a 15 días de salario.

De esta manera, la condena que sería procedente sería el valor de los salarios correspondientes al lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada; no obstante, no encuentra la Sala que se hubiera allegado el contrato de prestación de servicios entre la empresa demandada y su cliente, y si bien se solicitó por parte del demandante que se oficiara a la demandada para que certificara el tiempo de vigencia de dicho contrato, dicha prueba se negó y tal decisión no fue objeto de recurso, por demás que no se encuentra que se hubiera elevado derecho de petición para lograr la consecución de tal documento.

Así las cosas, y ante la falta de acreditación del tiempo que perduraría el contrato de prestación de servicios entre la empresa demandada y Concescol, no queda otro camino que reconocer el mínimo que se debe pagar por esta indemnización, esto es, 15 días de salario. Por tanto, y dado que el salario del actor correspondía a \$828.116- valor que no fue objeto de impugnación- la suma a pagar es **\$414.058**, en consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** a fin de establecer que se debe reconocer y pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tal valor.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00413 -01.

Demandante: **JOSÉ DUVÁN MONTAÑO LÓPEZ.**

Demandado: **SEGURIDAD FENIX DE COLOMBIA LTDA. Y OTROS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que, los contratos del 04 de abril de 2019 al 21 de abril de 2019 y del 22 de abril de 2019 al 03 de julio de 2019 eran de **obra o labor.**

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia** en el sentido de establecer que se debe reconocer y pagar por concepto de **indemnización por despido sin justa causa, \$414.058.**

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

CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

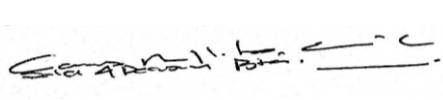
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00060-01.

Demandante: **INÍRIDA MARÍA NIÑO RONDÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 08 de mayo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **INÍRIDA MARÍA NIÑO RONDÓN** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. traslade la totalidad del valor ahorrado, junto con los rendimientos y comisiones; y que COLPENSIONES acepte tales valores, así como active su afiliación en el régimen de prima media.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (archivos 06 y 17) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda también incoó la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por CAJANAL al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 1 de agosto de 1998. En consecuencia, declarar válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme se expuso precedentemente.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante los periodos de vinculación con esta entidad, precisando que todo lo relacionado con gasto de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexado al momento de efectuar el traslado y con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto precedentemente.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., por valor de 1 SMMLV, valor en el que se tasan las agencias en derecho por secretaría tásense en la etapa procesal correspondiente.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. dijo que no se comparte la condena por concepto de devolución de gastos administración y seguros previsionales indexados, ya que, es incompatible con los rendimientos financieros, y se ha garantizado que sus aportes hubieran generados estos, incluso por encima de lo que hubiera realizado COLPENSIONES.

Por su parte, **COLPENSIONES** adujo que no es dable requerir el deber de información en los términos expuestos por la A Quo, pues sólo en 2008 se empezó a solicitar jurisprudencialmente, el cumplimiento de tal deber en dichos términos; que en todo caso, varias de las características que se señalan en la sentencia se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993, por lo que, no era dable alegar su ignorancia, máxime si se tiene en cuenta que suscribió el formulario de forma voluntaria y ostenta la calidad de abogada; que del interrogatorio de parte, se logra colegir que tenía conocimiento de características del régimen pensional; que no se verifica que se hubiera estado en contravía del principio de buena fe, por demás que era imposible predecir para la época del traslado el valor de la mesada pensional, siendo inviable una proyección; que era deber de la actora informarse como consumidora financiera del sistema pensional; y que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, pues la actora no realizó contribución, y se generaría una carga en el régimen de prima media, por lo que, atender una prestación resulta desproporcionado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues existe constancia que se encontraba en CAJANAL; y que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 01 de agosto de 1998 (fls.90 y 91 del archivo 17).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 90 del archivo 17 se avizora el formulario de afiliación que la demandante

suscribió el 01 de agosto de 1998 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Niño Rondón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de agosto de 1998) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que la demandante asegura que los asesores no le brindaron ningún tipo de información y que únicamente comparecieron con regalos para convencerlos de efectuar su afiliación; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado la calidad de abogada, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información. Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia

CSJ SL1949-2021, donde se manifestó que “ *Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión*”.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 26 de enero de 2000 (fl. 91 del archivo 19), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A. de haberle brindado en el año 1998 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **los rubros pagados por concepto de bono pensional si se hubiere causado o si existiere y, comisiones**; todos estos valores se deberán pagar debidamente indexados.

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

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00060-01.

Demandante: **INÍRIDA MARÍA NIÑO RONDÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

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

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **los rubros pagados por concepto de bono pensional si se hubiere causado o si existiere y, comisiones;** todos estos valores se deberán pagar debidamente indexados.

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00060-01.

Demandante: **INÍRIDA MARÍA NIÑO RONDÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

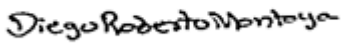
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

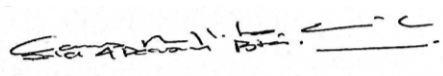
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00181 -01.

Demandante: **MARISOL MATEUS MORENO.**

Demandado: **AGROSER S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **MARISOL MATEUS MORENO** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **AGROSER S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo del 01 de diciembre de 2018 al 10 de marzo de 2020; y que su despido ocurrió cuando gozaba de licencia de maternidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reajuste de su indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó al servicio de la demandada el 01 de diciembre de 2018 mediante un contrato a término fijo en el cargo de Representante Técnico Comercial, por un término inicial de seis meses; **2)** Devengaba un salario básico de \$3'000.000, un auxilio de vehículo por \$2'800.000 y auxilio de celular por

\$80.000; **3)** El 30 de noviembre de 2019, el empleador realizó otro sí en el que se conviene modificar el contrato inicial para prorrogarlo por seis meses más; **4)** El 19 de febrero de 2019 notificó al empleador su embarazo, dando a luz el 05 de septiembre del mismo año; **5)** El 10 de enero de 2020 fue incorporada a la empresa y se le brindaron vacaciones del 10 de enero al 10 de marzo de 2020; **6)** El 10 de marzo fue despedida, pese a que su contrato finalizaba el 31 de mayo de 2020; y **7)** El 12 de febrero de 2020, la demandada argumenta el despido debido al cierre de la zona comercial del Magdalena y le aseguraron su reintegro, situación que no aconteció

2. Respuesta a la Demanda.

AGROSER S.A. (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato a término fijo, extremos temporales y cargo; el salario básico así como los valores percibidos por concepto de auxilio de vehículo y auxilio de celular; la celebración del otro sí y la prórroga del contrato al 31 de mayo de 2019; la notificación de la condición de embarazo de la trabajadora, así como la fecha de alumbramiento; y el despido acaecido el 10 de marzo de 2020.

Adujo que la licencia de maternidad de la actora finiquitó el 08 de enero de 2020 y por políticas de la empresa fue enviada a vacaciones del 09 al 30 de enero de 2020; que la actora se reincorporó el 01 de febrero de 2020, sin embargo, la empresa notificó que le sería aplicado el artículo 140 del C.S.T., salario sin prestación del servicio, ya que, la zona comercial del Magdalena se encontraba cerrada; y que si bien terminó el contrato de forma unilateral y sin justa causa, ante la imposibilidad de abrir la zona comercial del Magdalena, le pagó a la demandante la correspondiente indemnización por el tiempo que le faltare para completar el término fijo.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que, no existió controversia que entre las partes se celebró un contrato a término fijo que inició el 01 de diciembre de 2018, el cual se fue prorrogando por seis meses, terminado de forma unilateral por parte del empleador el 10 de marzo de 2020; que no está acreditado que los valores percibidos por concepto de auxilio de vehículo y auxilio de celular sean salario, pues por el contrario se pagaban para facilitar la labor de la actora en el Magdalena y que se pactó su carácter no constitutivo de salario; que el despido de la demandante no se otorgó cuando la demandante se encontraba en licencia de maternidad, pues esta se extendió hasta el 08 de enero de 2020, por demás que la actora tampoco se encontraba en periodo de lactancia, pues este finalizó el 05 de marzo de 2020; y que se pagó en debida forma la indemnización por despido sin justa causa, pues se trató de un contrato a término fijo, y el valor a pagar era el tiempo que faltare, esto es, 80 días.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** expuso que no se tuvo en cuenta que el otro sí se suscribió cuando la demandante estaba en etapa de embarazo o había dado a luz al menor, esto es, el 19 (sic) de noviembre de 2019, por lo que adolecía de nulidad; que cuando se otorgaron las vacaciones, la accionante no había salido de lactancia aún; que el pacto salario fue prácticamente obligado, pues la actora indica que no trabajaba por \$3'000.000 y decidieron reconocerle los auxilios, lo que no pudo ser debidamente acreditado, pues se le cercenó el derecho a ser escuchada; que la situación del otro sí es adversa a la legalidad, tiene defectos jurídicos por estar la actora en licencia de maternidad, y además cuando retorna la envían a vacaciones; que la accionante fue bloqueada de todos los aplicativos de la empresa; que se tenía que disfrazar los auxilios que percibió la actora, pues eran por la prestación del servicio en una zona roja; que debe ser escuchada la accionante en segunda instancia en interrogatorio de parte para que se señale las circunstancias del desarrollo de su relación laboral; y que no hay lugar a costas, pues la administración de justicia es totalmente gratuita.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por ninguno de los apoderados de estas.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es posible decretar en esta instancia el interrogatorio de parte de la demandante?, ¿se encuentra viciado de nulidad el otro sí celebrado entre las partes mediante el cual la dispusieron la prórroga del contrato de trabajo por encontrarse la actora gozando de licencia de maternidad?, ¿hay lugar a tener los auxilios de vehículo y celular como salario?, ¿se liquidó en debida forma la indemnización por despido sin justa causa? y, ¿es factible la imposición de costas a la demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Posibilidad de Practicar Interrogatorio de Parte de la Demandante.

En lo referente a la posibilidad de ordenar la práctica del interrogatorio de parte a la demandante y, que fuere dejado de recepcionar

por parte de la *A Quo*, se hace menester rememorar que el proceso es un todo lógico ordenado para la consecución de un fin, la sentencia, y en ese orden de ideas requiere necesariamente el desarrollo de una serie de actos en forma ordenada, con el objeto de que las partes sepan en qué momento deben presentar sus peticiones, y el juez pronunciarse sobre ellas.

Es así como el principio que garantiza la correcta construcción del proceso es el principio de eventualidad que se concreta en el fenómeno de la preclusión, con lo que se les exige a las partes y al juez, el cumplimiento de obligaciones en el momento oportuno y no, cuando arbitrariamente se quieran realizar, pues es con esto que se dota al proceso de solidez jurídica.

En sentencia SC4263-2020 se explicó que en virtud del principio de eventualidad, cuando se agota un estadio procesal no es posible reabrirlo, puesto que *“la organización de los trámites judiciales reside en la necesidad de evitar que los actos procesales puedan ejecutarse a discreción de las partes en cualquier época, porque de ser así habría desmedro para los derechos del debido proceso y la defensa, de los cuales hace parte el principio de preclusión o eventualidad, bajo cuyo significado para su validez y eficacia dichos actos deben efectuarse en el tiempo permitido, so pena de ser intempestivos, pues las etapas procesales acontecen en forma sucesiva y ordenada, de manera que rebasada una, queda cerrada para dar paso a la siguiente, sin poderse retrotraer la actuación, en atención a la necesidad de mantener la seguridad y certeza que reclama la administración de justicia, que con particular énfasis tiene lugar cuando se trata de la ejecutoria de las providencias”*. (AC2206, 4 abr. 2017, rad. n° 2017-00264; reiterado AC6255, 22 sep. 2017, rad. n.° 2017-02286-00).

Bajo tal derrotero, encontramos que el momento procesal oportuno para solicitar impugnar la decisión de la *A Quo* de no de practicar el interrogatorio de parte de la demandante, nada se dijo por parte del apoderado de la parte actora.

Aunado a lo anterior, el apoderado de la parte actora en ningún momento solicitó la práctica de la declaración de parte de la demandante, por lo que, es apenas lógico que quien solicitó tal prueba y favor de quien se

decretó, esto es, la demandada podía desistir de la misma, pues es claro que con ello lo que se buscaba no era otra cosa que la confesión, fin al que podía renunciar la parte contraria.

En consecuencia, no es dable ordenar la declaración de parte que pretende el apoderado de la actora, máxime si se tiene en cuenta que dicha prueba no resultaría útil para acreditar los presupuestos de la demanda; recuérdese que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Modalidad Contractual. Contrato a Término Fijo.

CSJ Rad. 54003 del 24 abril de 2012, CSJ Rad. 54660 del 21 de noviembre de 2017 y CSJ SL4909-2020 ha enseñado que en el marco jurídico que regula las relaciones laborales, el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley; que la vinculación de trabajadores a través de contratos de trabajo a término fijo, goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina; y que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informarlo mediante preaviso con 30 días de antelación al plazo pactado.

De esta manera, es claro que el empleador goza de la libertad de acudir a la modalidad contractual que más le conviniere, como lo es el contrato de trabajo a término fijo, modalidad que eligió el empleador para la labor que iba a prestar el demandante. Ciertamente, al plenario se arrimó contrato de trabajo a término fijo suscrito por las partes el 01 de diciembre de 2018, en el que se determinó que la duración del contrato era hasta el 31 de mayo de 2019, esto es, por seis meses (fls. 43 a 47 del archivo 07).

Así las cosas, la Sala rememora que, mediante la figura del contrato a término fijo las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo que no puede ser superior a tres años; pacto que debe constar por escrito

(CSJ Rad. 0026 de 21 de abril de 1986, reiterada en la CSJ SL3718-2021); que en cuanto a la finalización del contrato a término fijo, la misma acontece por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; y que si el contrato se pactó por un término inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente hasta por tres periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente, tal y como se desprende del artículo 46 del C.S.T.

Descendiendo al asunto, se encuentra que, frente al anterior contrato el 31 de mayo de 2019 se celebró otro sí en el que se dispuso que la relación se entendería prorrogada por seis meses más, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2019; mismo actuar que se replicó el 30 de noviembre de 2019, señalándose que el contrato finalizaría el 31 de mayo de 2020 (fls.48 y 49 del archivo 07).

Al respecto, el apoderado de la parte actora insiste en que el otro sí del 30 de noviembre de 2019 es nulo, pues la demandante en ese momento se encontraba en licencia de maternidad. Al punto, si bien la Sala no desconoce que, la demandante tuvo un hijo que dio a luz el 05 de septiembre de 2019 y que por ende, le dieron licencia de maternidad hasta el 07 de enero de 2020 (fls. 23 a 26 del archivo 01), lo cierto es que tal circunstancia no genera la nulidad de los otros sí celebrados entre la demandante y la empresa, pues en todo caso por mandato legal los contrato se hubieran entendidos prorrogados por seis meses.

En efecto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T. ante la falta de un preaviso, el contrato se iba a entender prorrogado por el término inicialmente pactado; lo que únicamente se podía realizar por tres periodos al ser el contrato inferior a un año. Así tenemos que el contrato celebrado entre las partes tenía un periodo inicial del 01 de diciembre de 2018 hasta el 31 de mayo de 2019, que se prorrogó por primera vez hasta el 30 de noviembre de 2019 y por segunda vez, hasta el 31 de mayo de 2020,

por lo que, la Sala no encuentra un actuar ajeno al ordenamiento jurídico por parte de la empresa empleadora.

De igual manera, no se observa que el disfrute de vacaciones hubiera generado la nulidad o ilegalidad de los otros sí aludidos, pues no existe norma alguna que prohíba al empleador convenir el disfrute de vacaciones cuando inicia su lactancia, pues ciertamente la intención del artículo 238 del C.S.T. no es otro que permitir a la madre amamantar a su hijo, cometido que se puede cumplir dentro de la jornada laboral cuando se le otorgan los dos descansos durante los primeros seis meses de vida del menor y un descanso hasta los dos años de edad del menor, así como cuando la trabajadora se encuentra en periodo de vacaciones.

Salario. Facultades Ultra y Extra Petita.

Observa la Sala que ciertamente desde la celebración del contrato de trabajo se incluyó un auxilio de alimentación y auxilio de celular, señalándose que estos pagos no constituían salario (fls. 43 a 47 del archivo 07); sin embargo, en la demanda no se solicitó expresamente que se tuviera estos valores como salario ni mucho menos se tuvo como sustento fáctico que la indemnización por despido sin justa causa se pagó indebidamente con ocasión a la falta de inclusión de tales valores, pues lo que señala el demandante a lo largo de su demanda es la terminación del contrato ocurrió de forma irregular, pues el contrato debió darse por prorrogado por un año y no de seis meses.

Al respecto, se rememora que, el sentenciador de única y primera instancia es quien posee facultades *ultra y extra petita* (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021), y según CSJ SL440-2021 el juzgador de segunda instancia no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a la relación jurídico procesal y lo trazado por el demandante al momento de presentar su libelo introductor, por lo que, debe observar estrictamente aquellas cuestiones controvertidas por las partes en el recurso vertical, en virtud de los principios de congruencia y consonancia. Por tanto, no es dable en esta instancia efectuar un pronunciamiento acerca de los auxilios aludidos al no haber sido requeridos en la demanda como salario.

Liquidación Indemnización Despido Injusto. Término Fijo.

Establece el inciso 3° del artículo 64 del C.S.T que la indemnización por despido sin justa causa en los contratos a término fijo, equivale a *“el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato”*. De esta manera y, como quiera que el contrato finalizó el 10 de marzo de 2020 y debió finiquitar el 31 de mayo de 2020, se considera acertado que se hubieren pagado 80 días de salario por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tal y como se estableció en la liquidación final de prestaciones sociales visible a folios 13 a 15 del archivo 01, por lo que, la sentencia en tal sentido se confirmará.

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de la parte actora, era dable a imposición.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de abril de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00181 -01.
Demandante: **MARISOL MATEUS MORENO.**
Demandado: **AGROSER S.A.**

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

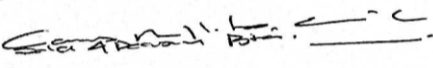
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$100.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2021-00368 -01.

Demandante: **LUCERO ARÉVALO RAMÍREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **LUCERO ARÉVALO RAMÍREZ** interpuso contra la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de abril de 2023, en el proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **U.G.P.P.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita pensión de jubilación a partir del 22 de abril de 2019, de conformidad con el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el I.S.S. y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2021, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos cuatro años, intereses moratorios e indexación. Igualmente, solicita la bonificación salarial de que trata el artículo 103 convencional.

Como base de sus pretensiones narró los siguientes hechos: **1)** Nació el 22 de abril de 1969; **2)** Laboró con el I.S.S. como trabajadora oficial del 17 de noviembre de 1993 al 31 de diciembre de 2014 con diversas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2021-00368 -01.

Demandante: **LUCERO ARÉVALO RAMÍREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

interrupciones, para un total de 20 años, 11 meses y 17 días; **3)** El artículo 98 de la convención contempla el derecho a la pensión de jubilación; **4)** Mediante Decreto 2013 de 2022 se ordenó la supresión y liquidación del I.S.S., quedando a cargo de la U.G.P.P. el reconocimiento de las prestaciones extralegales; **5)** El 20 de octubre de 2020 solicitó pensión de jubilación, quien la negó mediante Resolución RDP 008746 del 13 de abril de 2021; y **6)** Interpuso recurso de reposición, no obstante, se confirmó la decisión inicial a través de la Resolución RDP 012484 del 18 de mayo de 2021.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Vinculación partes.

Mediante auto del 14 de diciembre de 2021 se vinculó a **COLPENSIONES** (archivo 03), quien se opuso a las pretensiones de las demandantes, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que, carece de legitimación en la causa, puesto que, quien debe asumir las prestaciones de jubilación convencionales del extinto I.S.S. es U.G.P.P.; y que dichas pensiones perdieron vigencia con el Acto Legislativo 01 de 2005, entendiéndose que se debieron cumplir los requisitos de tal acuerdo convencional a más tardar el 31 de julio de 2010 (archivo 05).

2.2. Respuesta a la demanda.

U.G.P.P. (archivo 05), también se opuso a las pretensiones de las demandantes, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Manifestó que la prestación requerida perdió vigencia con el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, se debió cumplir los requisitos de la misma a más tardar el 31 de julio de 2010 (archivo 05).

3. Sentencia de primera instancia.

La A Quo dicto sentencia absolutoria.

Para arribar a su decisión señaló que, si bien se encuentra acreditado que la actora alcanzó la edad de 50 y que laboró 1078 semanas al I.S.S., lo cierto es que no se allegó convención colectiva de trabajo celebrada entre SINTRASEGURIDAD y el I.S.S. con el respectivo depósito, así como tampoco la calidad de beneficiaria de la accionante de esta; y que por lo anterior, no es posible reconocer la prestación pretendida.

4. Argumentos de la Recurrente.

La parte actora manifestó que dentro del plenario obra expediente administrativo y cuando se hizo la solicitud pensional, se allegó la respectiva convención colectiva de trabajo; y que con lo anterior, es posible efectuar el reconocimiento pensional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Posteriormente, mediante auto del 08 de noviembre de 2023, se ordenó la incorporación la Convención Colectiva 2001-2004 (archivo12; 02Segunda Instancia).

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

¿Hay lugar a reconocer la pensión convencional a favor de la ex trabajadora del I.S.S. en virtud de la Convención Colectiva 2001-2004, pese a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 el 2005?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la Convención Colectiva y su Vigencia.

Asegura el demandante que cumple con los requisitos previstos en el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el extinto I.S.S. y Sintraseguridad Social, disposición que en su tenor literal establece (archivo 04; 02SegundaInstancia):

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN. El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio

ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante, lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (...)”.

Ahora bien y, en lo que atañe a la vigencia de la Convención 2001-2004, esta Sala venía exponiendo que dado que se pactó un término inicial hasta el 31 de octubre de 2004 y, que en la medida, que esta convención era fuente de derechos adquiridos hasta que cuando culminara su vigencia, se entendía que la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005. Lo anterior, bajo el amparo de las reglas jurisprudenciales contenidas, entre otras, en las CSJ Rad.30077 del 23 de enero de 2009 reiterada en CSJ SL1409-2015 y CSJ SL4540-2019.

No obstante, el referido criterio fue rectificado en CSJ SL3635 -2020, indicando frente a unas pretensiones idénticas a la que hoy formula el actor, sobre la base del mismo texto convencional y en contra de la misma demandada, lo siguiente:

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron

según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

(...) Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha. Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...) “En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia”.

Con base en el nuevo criterio jurisprudencial, reiterado, entre otras, en CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020, CSJ SL2986-2020 y CSJ SL2736-2022, esta Sala los acogerá, y concluirá que la pensión prevista en el artículo 98 convencional al fijar una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2, se extiende hasta el 2017, plazo inicialmente pactado por las partes; fecha en la cual se debía alcanzar el tiempo de servicios requerido, aclarándose que la edad es un requisito para exigir la prestación y, no de causación.

En efecto, CSJ SL262-2019, CSJ SL5116-2020 y CSJ SL3343-2020 definió que, en el caso de la cláusula convencional en estudio, la edad era un requisito de exigibilidad de la pensión y no de causación. Así, lo dijo:

“Al respecto, es relevante destacar que, en este caso, a la luz de la lectura de la cláusula convencional (art. 98), el derecho pensional allí consagrado goza de la particularidad de que se concede para compensar el desgaste físico que sufre el trabajador como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, la Sala considera que el eje central de tal prestación es el tiempo de servicios, toda vez que es el trabajo el que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura, connatural al ser humano.

[...] Ahora, si bien por regla general, las convenciones colectivas gobiernan las condiciones de trabajo de los contratos vigentes, según lo preceptúa el artículo 476 del Código Sustantivo de Trabajo, de modo que los beneficios y prerrogativas extensivos a terceros deben ser explícitos y claros, también lo es que esta regla en materia pensional opera en forma diferente, dadas las características especiales y la finalidad de esta prestación.

Así las cosas, y como quiera que en diferentes providencias esta Sala ha comprendido en forma disímil el contenido del citado artículo 98 convencional, se precisa que, a partir de esta decisión, la interpretación válida de dicha cláusula es la que aquí se fija, esto es, que el requisito de edad en ella contenido es de exigibilidad de la prestación pensional, no de causación”.

Sentados los anteriores presupuestos, encontramos en el caso concreto, en cuanto al cumplimiento de los requisitos convencionales que, no fue motivo de discusión que la demandante nació el 22 de abril de 1969 (fl.26 del archivo 02). Ahora, y en cuanto a su calidad de beneficiaria de la convención, se encuentra que conforme al artículo 1° de esta, se tiene que eran beneficiarios la totalidad de los trabajadores al servicio del I.S.S., así como aquellos cuya relación de trabajo es declarada judicialmente, lo que encuentra respaldo en CSJ SL2736-2020 y CSJ SL3479-2022 donde se respaldó la tesis referida a que se trataba de un sindicato mayoritario.

Esclarecido ello, también se encuentra que se demostró que la actora laboró para el I.S.S. empleador del 17 de noviembre de 1993 al 31 de diciembre de 2014 con 25 días de interrupción, esto es, 21 años, y 19 días. Al respecto, se hace menester rememorar la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del I.S.S., precisándose que conforme CSJ SL6494-2015, sus trabajadores por regla general, primero, fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

De esta manera y, siguiendo lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C-579-96, sólo los trabajadores del I.S.S. alcanzaron la calidad de trabajadores oficiales a partir del 20 de noviembre de 1996; ello, dado que el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, señalaba que este tipo de trabajadores se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, no contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplieran funciones relacionadas con el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.

Así, sólo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2021-00368 -01.

Demandante: **LUCERO ARÉVALO RAMÍREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del I.S.S.

Así las cosas y dado que, se tiene que la demandante ostentó durante la relación laboral- 17 de noviembre de 1993 al 31 de diciembre de 2014- el cargo de Auxiliar (fls. 60 a 73 del archivo 02), es posible concluir que entre el 17 de noviembre de 1993 y el 19 de noviembre de 1996, esto es, por 2 años, 11 meses y 3 días, no ostentaba la calidad de trabajadora oficial, por lo que, restado tal periodo al tiempo que perduró la relación laboral, se tiene que la demandante sólo acreditó como trabajadora oficial, 18 años, 1 mes y 15 días.

En consecuencia y dado que, no se cumplen los requisitos de la norma convencional que exige 20 años de servicios, no es dable acceder a la pensión deprecada. Al punto, también se puede consultar CSJ SL SL3170-2022, en donde se establece en un caso de similares connotaciones, la imposibilidad de tener tiempos diferentes a los laborados como trabajador oficial.

Por lo dicho, se CONFIRMARÁ la sentencia por las razones expuestas en precedencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2021-00368 -01.

Demandante: **LUCERO ARÉVALO RAMÍREZ.**

Demandado: **U.G.P.P.**

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

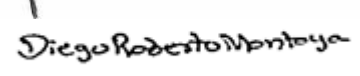
SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

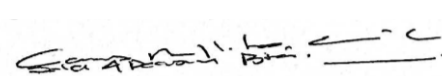
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00412 -01.

Demandante: **ITURBIDES SÁNCHEZ MORENO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ITURBIDES SÁNCHEZ MORENO** interpuso contra la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en el proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **U.G.P.P.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita pensión de jubilación a partir del 01 de abril de 2015 de conformidad con el artículo 101 de la Convención Colectiva suscrita entre el I.S.S. y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2021, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres años, incluyendo todos los factores salariales, intereses moratorios e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00412 -01.

Demandante: **ITURBIDES SÁNCHEZ MORENO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Como base de sus pretensiones narró los siguientes hechos: **1)** Laboró con el I.S.S. como trabajador oficial del 17 de julio de 1991 al 30 de marzo de 2015, esto es, 23 años, 7 meses y 20 días; **2)** Nació el 21 de abril de 1957; **3)** Estaba afiliado a Sinstraseguridad Social, quien suscribió con el I.S.S. la Convención Colectiva 2001-2004, que se encuentra vigente; **4)** El artículo 98 de la convención contempla el derecho a la pensión de jubilación; **5)** Mediante Decreto 2013 de 2022 se ordenó la supresión y liquidación del I.S.S., quedando a cargo de la U.G.P.P. el reconocimiento de las prestaciones extralegales; **6)** El 18 de febrero de 2016 solicitó a la U.G.P.P. el reconocimiento de la pensión convencional, pero mediante Resolución RDP 013676 del 19 de marzo de 2016 se negó; **7)** Interpuso recurso de apelación, no obstante, se confirmó la decisión inicial a través de la Resolución RDP 024204 del 29 de junio de 2016; y **8)** El 24 de junio de 2021 presentó nueva solicitud pensional, sin que se hubiere emitido respuesta.

2. Respuesta a la demanda.

U.G.P.P. (fls. 257 a 264 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de las demandantes, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Adujo que no tiene funciones como administradora de fondo de pensiones, por lo que no está habilitada para administrar recursos provenientes del sistema de pensiones; y que no tuvo ninguna relación de tipo jurídico con el demandante

3. Sentencia de primera instancia.

El A Quo dicto sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la U.G.P.P. a reconocer y pagar a favor de ITURBIDES SÁNCHEZ MORENO la pensión de jubilación convencional a partir del 01 de abril del año 2015, en cuantía inicial de \$2.158.893 junto con los respectivos reajustes legales que correspondan con posterioridad, la cual goza del carácter compartido con aquella que eventualmente pudiera reconocer el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a U.G.P.P. a reconocer y pagar a favor del demandante el retroactivo pensional causado por las mesadas pensionales causadas y no pagadas entre el 01 de abril de 2015 y en adelante. Para tal efecto, deberá determinar que no resulte compatible con otra prestación reconocida por el Sistema General de Pensiones, pues de ser así, deberá asumir sólo el mayor valor a reconocer, o en su lugar proceder a su pago total con la autorización pertinente respecto al descuento de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en salud.

Se ordenará el reconocimiento y pago del retroactivo pensional en los términos indicados de manera indexada, desde la causación de cada mesada pensional hasta que se realice el pago efectivo de la obligación

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. Declarar probada parcialmente la excepción de buena fe y en tal sentido absolver a la entidad demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a cinco SMMLV.

Para arribar a su decisión señaló que, está acreditado la prestación del servicio del actor al I.S.S. como trabajador oficial del 17 de julio de 1991 al 30 de marzo de 2015; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia el requisito de edad plasmado en el artículo 98 convencional es de disfrute y no de causación; que dicha pensión se entiende vigente hasta el 2017, pues este fue el plazo que las partes consideraron que tenía vigor la convención colectiva de trabajo; que al tener el actor más de 20 años de servicios consolidó su derecho pensional, por demás que la edad de 55 años la cumplió el 21 de abril de 2012; que el actor sólo se desvinculó el 30 de marzo de 2015, por lo que, es dable reconocer la prestación desde el 01 de abril del mismo año; que la mesada pensional se calcula sobre el promedio de los últimos tres años devengados por el actor, teniéndose una mesada pensional de \$2'158.893; que en caso de devengar el actor pensión por parte del régimen de prima media, deberá entenderse que a cargo de U.G.P.P. únicamente se encuentra el mayor valor; que del valor del retroactivo es dable el descuento por concepto de aportes a salud; que no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que la entidad negó la prestación con fundamento en una interpretación normativa; y que por lo anterior, se debe reconocer la obligación debidamente indexada.

4. Argumentos de la Recurrente.

La parte actora manifestó que se debe revisar la liquidación, puesto que la mesada pensional se liquidó por parte del apoderado principal sobre la suma de \$2'733.762 para 2015.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

¿Hay lugar a reconocer una pensión convencional a favor del ex trabajador del I.S.S. en virtud de la Convención Colectiva 2001-2004, y de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 el 2005? y, ¿se liquidó en debida forma la pensión reconocida al demandante?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la Convención Colectiva y su Vigencia.

Asegura el demandante que cumple con los requisitos previstos en el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el extinto I.S.S. y Sintraseguridad Social, disposición que en su tenor literal establece (fls. 32 a 116 del archivo 01):

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN. *El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio

ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados*

No obstante, lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (...).”

Ahora bien y, en lo que atañe a la vigencia de la Convención 2001-2004, esta Sala venía exponiendo que dado que se pactó un término inicial hasta el 31 de octubre de 2004 y, que en la medida, que esta convención era fuente de derechos adquiridos hasta que cuando culminara su vigencia, se entendía que la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005. Lo anterior, bajo el amparo de las reglas jurisprudenciales contenidas, entre otras, en las CSJ Rad.30077 del 23 de enero de 2009 reiterada en CSJ SL1409-2015 y CSJ SL4540-2019.

No obstante, el referido criterio fue rectificado en CSJ SL3635 -2020, indicando frente a unas pretensiones idénticas a la que hoy formula el actor, sobre la base del mismo texto convencional y en contra de la misma demandada, lo siguiente:

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

(...) Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha. Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...) “En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia”.

Con base en el nuevo criterio jurisprudencial, reiterado, entre otras, en CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020, CSJ SL2986-2020 y CSJ SL2736-2022, esta Sala los acogerá, y concluirá que la pensión prevista en el artículo 98 convencional al fijar una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2, se extiende hasta el 2017, plazo inicialmente pactado por las partes.

Igualmente, y en cuanto a su calidad de beneficiario de tal convención colectiva, se encuentra que conforme al artículo 1° de esta, se tiene que

eran beneficiarios la totalidad de los trabajadores al servicio del I.S.S., así como aquellos cuya relación de trabajo es declarada judicialmente, lo que encuentra respaldo en CSJ SL2736-2020 y CSJ SL3479-2022 donde se respaldó la tesis referida a que se trataba de un sindicato mayoritario.

Sentados los anteriores presupuestos, encontramos en el caso concreto, en cuanto al cumplimiento de los requisitos convencionales que, no fue motivo de discusión que la demandante nació el 21 de abril de 1957 (fl.13 del archivo 01). Ahora, y en cuanto a su calidad de beneficiario de la convención, se encuentra que conforme al artículo 1° de esta, se tiene que eran beneficiarios la totalidad de los trabajadores al servicio del I.S.S., así como aquellos cuya relación de trabajo es declarada judicialmente, lo que encuentra respaldo en CSJ SL2736-2020 y CSJ SL3479-2022 donde se respaldó la tesis referida a que se trataba de un sindicato mayoritario.

Esclarecido ello, también se encuentra que se demostró que la actora laboró para el I.S.S. empleador del 17 de julio de 1991 al 31 de marzo de 2015 con 90 días de interrupción, esto es, un total de 23 años, 5 meses y 14 días. Al respecto, se hace menester rememorar la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del I.S.S., precisándose que conforme CSJ SL6494-2015, sus trabajadores por regla general, primero, fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

De esta manera y, siguiendo lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C-579-96, sólo los trabajadores del I.S.S. alcanzaron la calidad de trabajadores oficiales a partir del 20 de noviembre de 1996; ello, dado que el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, señalaba que este tipo de trabajadores se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, no contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplían funciones relacionadas con el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.

Así, sólo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del I.S.S.

Así las cosas y dado que, se tiene que la demandante ostentó durante la relación laboral- 17 de julio de 1991 al 31 de marzo de 2015- el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos, es posible concluir que entre el 17 de julio de 1991 y el 19 de noviembre de 1996, esto es, por 5 años, 4 meses y 3 días, no ostentaba la calidad de trabajador oficial, por lo que, restado tal periodo al tiempo que perduró la relación laboral, se tiene que la demandante sólo acreditó como trabajadora oficial, 18 años, 1 mes y 11 días.

En consecuencia y dado que, no se cumplen los requisitos de la norma convencional que exige 20 años de servicios, no es dable acceder a la pensión deprecada. Al punto, también se puede consultar CSJ SL SL3170-2022, en donde se establece en un caso de similares connotaciones, la imposibilidad de tener tiempos diferentes a los laborados como trabajador oficial.

Por lo dicho, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se ABSOLVERÁ a U.G.P.P. de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2021-00412 -01.

Demandante: **ITURBIDES SÁNCHEZ MORENO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a U.G.P.P. de las pretensiones incoadas en su contra.

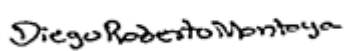
SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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

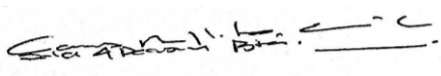
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00513 -01.

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de mayo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN** adelanta contra el recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare que su hijo, Camilo Arturo Romero Padilla, es incapacitado. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad conforme al inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 01 de marzo de 2018 e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Nació el 06 de junio de 1963; **2)** Ha cotizado a COLPENSIONES, 1426,29 semanas; **3)** Es padre de Camilo Arturo Romero Padilla, quien nació el 05 de marzo de 1995, y depende económicamente de él; **4)** Desde junio de 2020

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

no ha vuelto a cotizar a pensiones; **5)** Solicitó la calificación de pérdida de capacidad laboral de su hijo, determinándose por parte de COLPENSIONES que esta ascendía a un 60%, que el origen de la patología era común y que tenía como fecha de estructuración el nacimiento; **6)** El 24 de agosto de 2018 solicitó pensión especial de vejez por encontrarse su hijo en condición de discapacidad; la que se negó mediante la Resolución SUB 298594 del 16 de noviembre de 2018; **7)** Ha convivido durante 27 años con Carmen Julia Padilla Rocha, quien es la madre de su hijo, y ama de casa; y **8)** Es el sustento económico de su hogar.

2. Respuesta a la Demanda.

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

Adujo que el demandante no acredita la condición de padre cabeza de familia, pues su estado civil es unión marital de hecho; y que no se demuestra que Carmen Julia Padilla Rocha, su compañera permanente, acredite que presenta incapacidad física, mental, moral o pertenecer a la tercera edad, para considerar que existen razones que impiden el cuidado y manutención de su hijo discapacitado.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN** la pensión anticipada por vejez por encontrarse a cargo de su hijo invalido, pensión de que trata el inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, causada a partir del 01 de abril de 2017, estableciendo como fecha de disfrute el 01 de junio de 2020, en cuantía de **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**, por 13 mesadas al año, a la cual se le deberán hacer los reajustes de ley a los que haya lugar.

SEGUNDO. CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar un retroactivo pensional, a favor de **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN** en cuantía de **\$36'473.262**, correspondiente a las mesadas dejadas de pagar entre el 01 de junio de 2020 y el 30 de abril de 2023.

TERCERO. CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor del demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

1993, desde el 01 de julio de 2020, hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional por el cual hoy se le condena.

CUARTO. AUTORIZAR a **COLPENSIONES** a descontar los valores que por aportes al sistema de seguridad social en salud se generen y transferirlos a la E.P.S., a la que se encuentre afiliado o se vincule **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

QUINTO. DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones presentadas por **COLPENSIONES.**

SEXTO. COSTAS en la instancia a cargo de **COLPENSIONES.** Liquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.**

Para arribar a la anterior decisión, señaló que para acceder a la prestación requerida se requiere un mínimo de semanas en el régimen para causar la prestación, un hijo en condición de discapacidad debidamente calificado y que este se encuentre a su cuidado; que el actor alcanza 1426,29 semanas, y que su hijo presenta un P.C.L. del 60% desde su nacimiento; que de los testigos es posible colegir que, el hijo del actor depende económicamente de este, pues su madre se dedica de forma total a su cuidado; que no es condición para el reconocimiento de este tipo de prestación ostentar la calidad de padre o madre cabeza de familia, como lo sugiere COLPENSIONES; que se reconocerá la pensión a partir del 01 de junio de 2020, como quiera que se dejaron de realizar aportes en el mes anterior; que el valor de la pensión será el salario mínimo, pues conforme a las operaciones de rigor la prestación es inferior a tal monto; que no se presentó prescripción, pues se demandó dentro de los tres años siguientes a la fecha de reconocimiento prestacional; y que hay lugar a intereses moratorios, como quiera que no existe razón atendible para negar la prestación, por demás que se exigió un requisito ajeno a la ley.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES dijo que al demandante no le asiste el derecho a la pensión deprecada, pues no acreditó de manera satisfactoria la calidad de padre cabeza de familia; que ello, dado que la compañera del actor es quien afirma depender económicamente de él y que es esta la que se encarga del hijo en condición de incapacidad; que debe ser revocado el retroactivo y los intereses moratorios al no prosperar lo anterior, por demás que no se acreditó ningún tipo de retardo; y que para el caso se deben tener en cuenta la sentencias T-588 de 2003, C-1024 de 2004 y SU- 065 de 2018.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a reconocer pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad y a cargo de conformidad con la Ley 100 de 1993?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Pensión Especial de Vejez por Hijo en Condición de Discapacidad y a Cargo.

La pensión especial de vejez por hijo discapacitado a cargo, se encuentra consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, según el cual, los requisitos para acceder a dicha prestación son: i) que la madre o el padre, haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos, el mínimo de semanas exigido

en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; ii) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada y iii) que la persona discapacitada sea dependiente de su madre o de su padre, según fuere el caso.

En tanto como requisitos adicionales de permanencia en el régimen de la pensión especial, el mencionado precepto jurídico establece los siguientes: i) Que el hijo afectado por esa invalidez permanezca en esa condición y continúe como dependiente de su padre y ii) que el padre o madre no se incorpore a la fuerza laboral.

Al respecto, CSJ SL12931-2017 y CSJ SL1790-2018 explicó que la finalidad de esta prestación es proveer al padre o madre trabajador (a) con hijos afectados por una situación de invalidez, física o mental, que dependan de ellos, el ingreso que les permita retirarse anticipadamente de la fuerza laboral, a fin de que puedan dedicar su actividad a la atención y cuidado de estas personas colocadas en situación de debilidad manifiesta, para facilitar su rehabilitación y desarrollo dentro del marco de una vida digna.

Igualmente, CSJ SL1421-2022 en cita a CSJ SL17878-2016 rememoró que, para efectos de conceder la pensión en estudio, no es viable demandar exigencias adicionales que no se encuentren establecidas en la ley, pues haría más gravosa la situación, además de que se convertiría en un obstáculo para que los ciudadanos accedieran a la prerrogativa, en detrimento de sus derechos y de los de sus hijos en condición de discapacidad que, valga recordar, son sujetos de especial protección.

Adicionalmente, la norma en comento estableció como requisito necesario para la causación del derecho pensional, tal como ya se precisó, la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor; sin embargo, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de “padre cabeza de familia”. Así, lo ha definido CSJ SL17898- 2016 y CSJ SL 4770 - 2021, de donde también puede colegirse que cuando en tratándose de las pensiones de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad o en discapacidad, se presume la dependencia económica respecto del causante.

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Así mismo, CSJ SL 4770- 2021 dijo no existe justificación alguna para dar un trato diferente entre los hijos discapacitados de padre o madre con contrato de trabajo vigente y aquellos a cuyos padres se les terminó el vínculo laboral, puesto lo que realmente importa es que el progenitor haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, lo además garantiza que, no se vea afectada la sostenibilidad financiera del sistema. Luego entonces, no es dable exigirle al demandante estar activo laboralmente para el momento en que solicitó el reconocimiento de la prestación, y además que, acreditara la condición de padre cabeza de familia.

Entonces, la condición de trabajador activo así como a falta de la condición de padre o madre cabeza de familia, no pueden erigirse como elementos constitutivos de marginación para acceder a la prestación reclamada, siendo necesario en tal sentido únicamente acreditar los aludidos requisitos de semanas, acreditación de incapacidad y dependencia económica, la cual en tratándose de hijos menores e inválidos, es posible incluso señalar que por ley dependen económicamente de sus dos progenitores, lo que es precisamente por lo que la pensión especial propende, esto es, que se pueda asumir el cuidado del descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no sólo del discapacitado sino de su padre o madre según el caso.

Esto que se dice no se encuentre en contradicción con las sentencias citadas por la apoderada de la demandada al momento de fundamentar su recurso de apelación, esto es, T-588 de 2003, C-1024 de 2004 y SU- 065 de 2018, puesto que en ninguna de ellas se impone un requisito adicional a los aludidos en precedencia.

Sentados los anteriores presupuestos y, descendiendo al caso en concreto, encuentra la Sala que se encuentra acreditado que el demandante acredita 1426,29 semanas (fls. 24 a 31 del archivo 01), esto es, más de las 1300 semanas que exige el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por lo que se encuentra acreditado el primer requisito. Igualmente, se demostró en juicio que COLPENSIONES emitió dictamen el 12 de septiembre de 2017, en el

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

que dispuso que el hijo del demandante, Camilo Arturo Romero Padilla presentaba por sus patologías de Autismo Atípico y Retraso Mental Moderado: Deterioro del comportamiento Nulo o Mínimo, un 60% de P.C.L. con fecha de estructuración 05 de marzo de 1995, su nacimiento (fls. 34 a 39 del archivo 01)

Aunado a lo anterior, los testigos **Doris Patricia Padilla Rocha y Magda Viviany Romero Durán** fueron claras en señalar que, el hogar del actor está compuesto por su compañera permanente- Carmen Julia Padilla Rocha, y sus dos hijos, entre ellos, Camilo Arturo Romero Padilla; que es la señora Carmen Padilla Rocha quien se dedica al cuidado de su hijo; que este es una persona adulta con 84 kg y estatura de 1.92 mts, por lo que es muy difícil su manejo; que por su condición, sufre de ataques epilépticos, crisis de ansiedad, y hay que estar 100% pendiente de él, puesto que se puede hacer daño en la cabeza o en el cuerpo; que por ello, quien asume todos los gastos del hogar es el actor, quien tiene como fuente de sustento un taxi; que el otro hijo se encuentra en la Universidad y, no trabaja; que en tal hogar también vive Doris Padilla, pero ella devenga un mínimo y no le alcanza para sufragar gastos de tal hogar, únicamente colabora con servicios públicos; y que es Carmen Padilla quien lleva a terapia y a sus citas de salud a su hijo, así como quien lo asea y le cocina alimentos.

En este punto, se esclarece que dichos testimonios se estudiaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, considerándose que resultan creíbles, como quiera que no se evidenció ningún tipo de contradicción en sus dichos ni manifestaciones que les pudieran restar credibilidad a sus dichos.

Así las cosas, considera la Sala que es acertada la decisión de la A Quo pues aunado a que, se acreditaron los requisitos legales para reconocer la prestación, no se avizora norma alguna que imponga que para el reconocimiento de esta pensión se deba ostentar la calidad de padre o madre cabeza de familia; al punto, recuérdese que, conforme la citada CSJ SL1421-2022, no es viable demandar exigencias adicionales no establecidas en la ley para conceder la prestación aquí deprecada.

Fecha de Reconocimiento, Prescripción, Valor de la Pensión y del Retroactivo.

Para determinar la fecha de reconocimiento pensional se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación del sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Sin embargo, CSJ Rad. 35.605 del 20 de octubre de 2009, y más recientemente en CSJ SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

En el asunto encuentra la Sala que, si bien no se presentó novedad de retiro y/o novedad de desafiliación, se encuentra que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de mayo de 2020, y la fecha de generación de la historia laboral es del 27 de julio de 2021 (fls. 24 a 31 del archivo 01). Igualmente, y como quedó visto con anterioridad, el demandante para tal fecha alcanzó 1426,29 semanas, lo que permite concluir, que desde mayo de 2020 el demandante cesó su vinculación al sistema de pensiones, por lo que, es dable el reconocimiento prestacional desde el 01 de junio de 2020, tal y como lo advirtió la A Quo.

Igualmente, y dado que se impetró demanda el 12 de noviembre de 2021 (fl.65 del archivo 01), es claro que no operó el fenómeno de la **prescripción**, pues no transcurrieron más de tres años de que tratan los

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., desde la exigibilidad del derecho prestacional -01 de junio de 2020- y la correspondiente demanda.

Finalmente, y en cuanto al valor de la **mesada pensional**, dado que la prestación se reconoció sobre el salario mínimo legal, no es posible disminuirla en virtud de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, ni aumentarla pues ello haría más gravosa la situación de COLPENSIONES, de modo que se considera en virtud de dicho mandato legal y del principio de la *no reformatio in pejus*, que dicho monto debe ser confirmado.

Por lo antes expuesto, le asiste razón al juzgador de primer grado al condenar a COLPENSIONES de un **retroactivo** al 30 de abril de 2023, por la suma de **\$36'473.262**, pues ciertamente y de conformidad con las operaciones aritméticas de rigor este es el valor resultante:

VALOR MESADAS PENSIONALES			
Año	Pensión	Mesadas	Valor Total
2.020	\$ 877.803,00	8	\$ 7.022.424,00
2.021	\$ 908.526,00	13	\$ 11.810.838,00
2.022	\$ 1.000.000,00	13	\$ 13.000.000,00
2.023	\$ 1.160.000,00	4	\$ 4.640.000,00
TOTAL			\$ 36.473.262,00

Intereses Moratorios

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que sólo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de cuatro meses de que trata el artículo 9º de la Ley 797 del 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Igualmente, CSJ Rad. 42783 del 13 de junio de 2012, CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020 ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (CSJ Rad. 43602 del 06 de noviembre de 2013, CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

Así las cosas, y dado que las razones que tuvo COLPENSIONES para abstenerse de no reconocer la prestación, esto es, no ser el demandante padre de cabeza de familia no encuentran asidero en la normatividad ni en la jurisprudencia, se considera acertada la condena por concepto de intereses moratorios. De esta manera, tal condena sería a partir del 24 de diciembre de 2018, pues la petición se elevó el 24 de agosto de 2018; no obstante, y dado que sólo hasta mayo de 2020 se pudo determinar la desafiliación al sistema del demandante resulta razonable que los intereses moratorios se condenen a partir del 01 de julio de 2020, pues ciertamente las mesadas se empezaron a causar desde el junio del mismo año, y sólo se hicieron exigibles por su falta de pago una vez venció cada mes.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

VI. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00513 -01.

Demandante: **PEDRO PABLO ROMERO GARZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

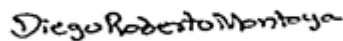
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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

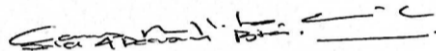
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00520 -01.

Demandante: **YURYBERTH LOZANO MATURANA.**

Demandado: **LUZ MERY MARTÍNEZ HURTADO Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 24 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que YURYBERTH LOZANO MATURANA adelanta contra **LUZ MERY MARTÍNEZ HURTADO y YACSON EMIL MOSQUERA ALBORNOZ.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 21 de junio de 2017 al 29 de agosto de 2021. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes a pensión e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó a laborar el 21 de junio de 2017 al servicio de los demandados, para desempeñar el cargo de Mesera; **2)** El 29 de agosto de 2021 fue

despedida; **3)** Laboraba en un horario de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. de domingo a domingo, con un día de descanso; **4)** Devengaba \$1'300.000; **5)** El 11 de septiembre de 2017 se solicitó su reintegro; **6)** No le pagaron las acreencias laborales que reclama ni fue afiliado a seguridad social en pensiones; **7)** recibía órdenes de los demandados; **8)** Le hicieron dos pagos en diciembre y de 2019 y 2020 por las sumas de \$600.000 y \$300.000, respectivamente; y **9)** El 01 de septiembre de 2021 solicitó el pago de sus acreencias laborales, lo que se respondió negativamente por los demandados el 13 del mismo año y mes.

2. Respuesta a la Demanda.

LUZ MERY MARTÍNEZ y YACSON EMIL MOSQUERA ALBORNOZ (archivos 06 y 07), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor.

Aceptaron que recibieron una reclamación por parte de la actora.

Adujeron que, la demandante nunca trabajó a sus servicios, pues jamás se le pidieron encargos o se le efectuaron órdenes; que LUZ MERY MARTÍNEZ no se dedica al negocio de comidas; y que YACSON EMIL MOSQUERA ALBORNOZ trabajó en la Pescadería Sabores del Pacífico M&A, el cual es de propiedad de Nancy Luz Mosquera Albornoz, y donde la demandante desarrolló algunas actividades, pero exclusivamente bajo la supervisión de tal señora.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que de los documentos allegados al plenario no es dable extraer la existencia de un contrato de trabajo y, si bien la testigo Neidy Yojana Mosquera Albornoz dio cuenta de la prestación de servicios del demandante a favor de los demandados como Mesera, lo cierto es que el establecimiento de comercio donde se ejecutaron los servicios, Sabores del Pacífico, era de propiedad de Nancy Mosquera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00520 -01.

Demandante: **YURYBERTH LOZANO MATURANA.**

Demandado: **LUZ MERY MARTÍNEZ HURTADO Y OTRO.**

Albornoz, por demás que dicho testigo también promueve una demanda por las mismas razones que la actora por lo que tiene un interés en sus resultados y se escucharon manifestaciones que pudieron direccionar tal declaración; y que frente a LUZ MERY MARTÍNEZ HURTADO el sólo hecho de ser cónyuge del presunto empleador, no implica que tenga la misma calidad.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme al grado jurisdiccional de consulta, la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que entre las partes existió un contrato de trabajo?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la Existencia del Contrato de Trabajo.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de

los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

En igual sentido, se rememora que la carga de la acreditación de los extremos temporales según CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, le corresponde a la parte actora.

Dicho lo anterior, encontramos que al plenario como prueba documental se allegó el derecho de petición que la actora elevó a los demandados solicitando sus acreencias laborales, así como su respuesta negativa (fls. 7 a 14 del archivo 01). Igualmente, se arrimó certificado de existencia y representación del Restaurante Pescadería Sabores del Pacífico M&A., así como la cancelación que se realizó por quien fungía como propietaria la señora Nancy Luz Mosquera Albornoz, persona ajena a las pretensiones de la demanda (fls. 16 a 21 del archivo 07).

Por otra parte, comparecieron los demandados a rendir interrogatorio de parte; no obstante, de sus dichos no es posible colegir confesión, pues fueron claros en señalar que la actora laboró en el Restaurante Pescadería Sabores del Pacífico M&A., empero, que su propietaria y por ende, la empleadora era Nancy Luz Mosquera Albornoz.

Finalmente, la testigo **Neidy Yojana Mosquera Albornoz** se estudió con un mayor rigor, dado que, informó en su declaración que presentó

demanda por las mismas pretensiones contra los mismos demandados, evidenciándose que si bien tal testigo dio cuenta que, trabajó con la demandante en el restaurante aludido; que el empleador era YACSON EMIL MOSQUERA ALBORNOZ, su hermano; que entre este y la demandante existió un vínculo laboral; que trabajó entre 2017 y 2020-2021; que la accionante cumplía horario de trabajo y que su asignación diaria entre \$40.000 y \$45.000; que Nancy Luz Mosquera Albornoz únicamente era la dueña del restaurante en el papel; y que LUZ MERY MARTÍNEZ HURTADO impartía órdenes cuando no estaba su hermano; lo cierto es que, de su declaración no se logra extraer con certeza los extremos temporales de tal relación, pues anuncia genéricamente que la actora ya trabajaba cuando ingresó a trabajar, que lo hizo durante tres o cinco años y, que le terminaron su contrato el mismo día que la actora, no obstante, no precisa en qué fecha ocurrió tal suceso.

De esta manera y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, se considera que la declaración de tal testigo no resulta lo suficientemente fehaciente para establecer la relación laboral deprecada así como tampoco sus extremos temporales.

Así las cosas, la Sala carece de elementos probatorios para determinar la existencia de una relación laboral en los términos pretendidos, y, en consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00520 -01.

Demandante: **YURYBERTH LOZANO MATURANA.**

Demandado: **LUZ MERY MARTÍNEZ HURTADO Y OTRO.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

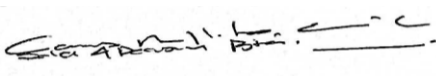
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00647 -01.

Demandante: **ELIZABETH GALÁN SUPELANO.**

Demandado: **FABIO VERDUGO ESPITIA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **FABIO VERDUGO ESPITIA** contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 19 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **ELIZABETH GALÁN SUPELANO** adelanta contra el recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de febrero de 2019 al 17 de mayo de 2020. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, aportes a pensión, y salarios del 21 de marzo al 17 de mayo de 2020.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a laborar mediante contrato a indefinido el 04 de febrero de 2019, cumpliendo funciones de preplanchado de ropa; **2)** Cumplía un horario de

Demandante: **ELIZABETH GALÁN SUPELANO.**

Demandado: **FABIO VERDUGO ESPITIA.**

trabajo desde las 7:30 A.M. a las 6:00 P.M. de lunes a viernes y los sábados de 7:30 A.M. a las 5:00 P.M.; **3)** Devengaba \$980.657; **4)** Prestaba sus servicios en la lavandería Lavaseco Las Torres de propiedad del demandado; **5)** El empleador no pagó acreencias laborales que pretende ni los aportes a seguridad social y parafiscales; y **6)** El 22 de febrero de 2021 consignó a nombre del Banco Agrario la suma de \$2'659.384.

2. Respuesta a la Demanda.

FABIO VERDUGO ESPITIA (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Aceptó la prestación de servicios de preplanchado de ropa; la calidad de propietario del Lavaseco Las Torres; la falta de pago de aportes a seguridad social y parafiscales; y el pago que realizó al Banco Agrario.

Adujo que la demandante fue contratada mediante contrato de obra o labor con pago por días para trabajar en el Lavaseco Las Torres; que los días que laboraba la actora lo hacía en un horario de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. y los días sábados no trabajaba de manera habitual; que le pagaba \$40.000 por día; que la falta de afiliación a seguridad social fue porque la demandante no aportó la documentación para realizar tal trámite; que se tuvo que dar terminación al contrato de trabajo de la actora por la pandemia generada por el Covid-19; que la actora sólo laboró hasta el 16 de marzo de 2020; y que sí pagó lo correspondiente a prestaciones sociales y vacaciones.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR que entre ELIZABETH GALAN SUPELANO y FABIO ANTONIO BERDUGO ESPITIA existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 04 de febrero de 2019 y el 16 de mayo de 2020, con una última asignación salarial mensual de \$980.657, para realizar las labores de auxiliar de planchado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00647 -01.

Demandante: **ELIZABETH GALÁN SUPELANO.**

Demandado: **FABIO VERDUGO ESPITIA.**

SEGUNDO: CONDENAR s FABIO ANTONIO BERDUGO ESPITIA a reconocer y pagar a favor de ELIZABETH GALAN SUPELANO, los siguientes valores por los siguientes conceptos:

CESANTIAS, \$ 1'261.231

INTERESES CESANTIAS, \$ 151.348

VACACIONES, \$ 564.475

PRIMA, \$ 1'261.231

SALARIO, \$1'609.355

TOTAL, \$ 4'847.640

Se tiene como abono en cuenta a las acreencias laborales de la actora el depósito judicial realizado por el demandado el 22 de febrero de 2021 por la suma de \$2'659.384 y por tanto se requiere al demandado para que autorice su entrega en el juzgado donde fue consignado, so pena de no tenerse en cuenta el abono, siempre y cuando no haya sido ya entregado.

TERCERO: CONDENAR a FABIO ANTONIO BERDUGO ESPITIA, a reconocer y pagar a favor de ELIZABETH GALAN SUPELANO, la suma diaria de \$32.688,56 por cada día de retardo del pago de las prestaciones sociales, hasta por 24 meses, a partir de la iniciación del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, por concepto de indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

CUARTO: CONDENAR a FABIO ANTONIO BERDUGO ESPITIA, a reconocer y pagar a favor de ELIZABETH GALAN SUPELANO, la suma de \$1'635.312, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, prevista en el artículo 64 del C.S.T.

QUINTO: CONDENAR a FABIO ANTONIO BERDUGO ESPITIA, a reconocer a favor de ELIZABETH GALAN SUPELANO los aportes impagados al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 04 de febrero de 2019 y 16 de mayo de 2020, teniendo como I.B.C., el salario mínimo legal mensual vigente. Para el efecto la administradora de pensiones a la cual esté afiliada la demandante efectuará el cálculo actuarial correspondiente.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada. Inclúyase en la liquidación la suma de un (1) SMLMV, valor en que se estiman las agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión señaló que en el expediente obra certificación en la que consta que la actora laboró a su servicio mediante contrato a término indefinido del 04 de febrero de 2019 con un salario de \$980.657; que en la liquidación pagada mediante depósito judicial se hace alusión a que la relación laboral finiquitó el 16 de mayo de 2020; que aunado a lo anterior, de los testigos se logra establecer que la actora prestó servicios a favor del demandado; que por lo anterior, hay lugar al reconocimiento de pago de prestaciones sociales y vacaciones, de las que se podrá descontar lo concerniente al valor pagado mediante depósito judicial; que no obra prueba de que se hubiera efectuado el reconocimiento de salarios del 21 de marzo al 16 de mayo de 2020; que hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, pues el demandado aceptó que la terminación fue con ocasión a la pandemia generada por el Covid-19, lo que además fue corroborado por los testigos, circunstancia que no constituye justa causa; que no se demostró que el depósito judicial se hubiera comunicado a la trabajadora, por demás

que se hizo un año después, por lo que, hay lugar a sanción moratoria; que al demandarse dentro de los 24 meses siguientes a la terminación al contrato, hay lugar a un salario diario por cada día de retardo hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios; y que no se demostró el pago de aportes a seguridad social en pensiones, por lo que es dable ordenar su reconocimiento.

4. Argumentos de la Recurrente.

FABIO VERDUGO ESPITIA expuso que al rendir interrogatorio de parte se advirtió del actuar doloso de la demandante, mismo actuar que tuvo durante la relación laboral, no obstante, se expidió una certificación laboral porque ella argumentó que la requería para un trámite financiero y el demandado la expidió como un favor, lo que se da con mucha frecuencia; que no hubo un despido injusto, por cuanto está probado y fue notoria la existencia del Covid-19, lo que generó que nadie volviera a llevar prendas para lavar, por lo que, no existía materia para la prestación del servicio, por demás que los trabajadores formalizados se vieron supeditados a la suspensión de sus contratos, por lo que, está demostrado que sobrevino una fuerza mayor que impedía que la actora continuara con el demandado; que no hay salarios presuntos dejados de percibir, pues ese día terminó la relación laboral, la actora no trabajó, la declaratoria de emergencia sanitaria proviene de marzo de 2020; y que se desconoce que la moratoria únicamente si se acredita la mala fe del empleador, quien si bien asumió que el pago era por días realizó una consignación incluyendo el pago de prestaciones sociales, a la que accedió la demandante, persona que reclamó este dinero e hizo uso del mismo según interrogatorio de parte, por demás que se encontraba dentro de un escenario complejo como lo es la pandemia declarada por el Gobierno Nacional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es la certificación laboral allegada del plenario prueba para determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?, ¿está acreditado que el extremo final de la relación laboral fue el 16 de mayo de 2016, y en consecuencia hay lugar al pago de salarios del 21 de marzo del mismo año hasta tal data?, ¿está debidamente acreditado que el empleador incurrió en una justa causa terminación del contrato de trabajo? y ¿es dable reconocer la indemnización moratoria en los términos aludidos por el A Quo?

Tesis

Revoca parcialmente y modifica la decisión de primer grado.

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

Del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas y de las Certificaciones Emitidas por el Empleador.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y

la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al respecto, CSJ Rad 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017, ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde entonces a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.

Descendiendo al caso, se encuentra que la demandada emitió certificación suscrita por el demandado el 15 de enero de 2020, en la que señaló que la demandante laboraba en el Lavaseco Las Torres desde el 04 de febrero de 2019 mediante contrato a término indefinido como Almacenista con una asignación mensual de \$980.657; asimismo, se allegó certificado de existencia y representación legal en la que se avizora que el demandado es propietario del establecimiento de comercio el Lavaseco Las Torres (fls. 9 a 11 del archivo 01). Por tanto, de tal certificación es dable extraer la existencia de una relación laboral entre las partes.

Frente a las aludidas certificaciones emitidas por el empleador, habrá de señalarse que en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos “*pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de*

aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

Al respecto, no encuentra la Sala de conformidad con el acervo probatorio recolectado que sea posible considerar que se cumplió por parte de la demandada con el cometido de desvirtuar el contenido de la certificación en estudio, puesto que por el contrario los testigos, Yoleth Milena Díaz Díaz y Margarita Albarracín Granados son claras en manifestar la prestación del servicio de la demandante al servicio de la demandada, y que dicha labor se ejercía de forma diaria de lunes a viernes con el cumplimiento de un horario de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.

Por su parte, la declaración de la actora es insuficiente para tener por desvirtuado lo dispuesto en la certificación, pues en ningún momento manifestó que esta tuviera como intención lograr un crédito o realizar un trámite financiero, circunstancia que tampoco fue narrada por ninguno de los testigos aludidos ni encuentra fundamento en las pruebas documentales.

Así las cosas y, al no lograrse desvirtuar la certificación obrante a folio 9 del archivo 01, debe la Sala tenerse a lo dispuesto por el mismo demandado en tal documento, por lo que, se procederá a verificar el extremo final de la relación laboral.

Extremo Temporal Final de la Relación Laboral. Salarios del 21 de marzo al 16 de mayo de 2020.

Encuentra la Sala que se declaró por parte del A Quo una relación laboral del 04 de febrero de 2019 al 16 de mayo de 2020. Al respecto, se rememora que la carga de la acreditación de los extremos temporales según CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, le corresponde a la parte actora.

Dicho ello, encontramos que la certificación de folio 9 del archivo 01 se expidió el 15 de enero de 2020, por lo que, únicamente da cuenta de la

prestación de servicio del actor hasta tal calenda. Por otra parte, las testigos Yoleth Milena Díaz Díaz y Margarita Albarracín Granados expusieron que, la demandante laboró hasta que inició la pandemia generada por el Covid-19, lo que es coincidente con la carta con la que se remitió el pago por consignación de acreencias laborales, en donde se aduce que la relación laboral finiquitó el 16 de “marzo” de 2020 (fls. 12 y 13 del archivo 01), por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de establecer que la relación laboral se extendió hasta el 16 de marzo de 2020.

Como consecuencia de lo anterior, se **REVOCA PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, en cuanto condenó por concepto de salarios del 21 de marzo al 16 de mayo de 2020, para en su lugar ABSOLVER al demandado por tal concepto, pues como quedó visto no existe prueba que durante tal periodo se hubiere prestado servicios por parte de la demandante.

Reajuste Prestaciones Sociales, Vacaciones y Aportes a Pensión.

En virtud de la modificación realizada en relación con el extremo final de la relación laboral, sería dable **reajustar las prestaciones sociales y vacaciones** en virtud de la modificación realizada, sino fuera porque se encuentra que los valores liquidados y resultantes en esta instancia resultan similares o superiores a los dispuestos por el *A Quo*, por lo que en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no es dable su modificación. En efecto, según las operaciones rigor, tenemos que se debieron pagar las siguientes sumas:

- Cesantías, \$1'261.233,86
- Intereses a las cesantías, \$151.348,11
- Prima de servicios, \$1'261.233,86
- Vacaciones, \$630.616,93

En cuanto a los **aportes a seguridad social en pensiones**, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral quinto** de la sentencia, en cuanto dispuso su reconocimiento hasta el 16 de mayo de 2020, para en su lugar establecer que se deberán realizar hasta el 16 de marzo de 2020.

Despido Sin Justa Causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Dicho lo anterior, encontramos que desde la contestación de la demanda, el demandado señaló que el contrato de la demandante finalizó como consecuencia de la imposibilidad de que esta prestara sus servicios en virtud de la pandemia generada por el Covid-19; aspecto frente al que la testigo Margarita Albarracín Granados, esposa del demandado, señaló que este fue precisamente el motivo del despido; razón por la que la Sala tiene por acreditado el hecho del despido, por lo que le correspondía a la parte demandada demostrar la justa causa.

Sobre el tópico, la Sala si bien no cuestiona ni pone en duda el impacto que tuvo en el mundo laboral la existencia de una pandemia como lo fue la generada por el covid-19, ciertamente era razonable, especialmente por las diferentes directivas y aislamientos que eran ordenados por el Gobierno Nacional que, el empleador acudiera a distintos mecanismos para que se pudiera ejecutar la labor por parte de la trabajadora; nótese como el artículo 51 del C.S.T. establece la figura de la suspensión del contrato de trabajo en casos de fuerza mayor o caso fortuito, lo que tiene como finalidad evitar una terminación definitiva de la relación laboral cuando sobrevienen causas que impiden transitoriamente su cumplimiento, permitiendo que el contrato modifique sus efectos, sin afectar su existencia, así como era posible acudir

a figuras como las vacaciones anticipadas o incluso de ser factible, trabajo en casa o teletrabajo.

Así mismo, la Sala no encuentra enlistado en el artículo 62 del C.S.T. que sea justa causa para terminar el vínculo laboral la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, por demás que esta ni siquiera se trata de una causa legal conforme a lo dispuesto en el artículo 61 *ejusdem*; razón por la que ciertamente, resultaba dable imponer condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tal y como lo dispuso el A Quo, por lo que su decisión se confirmará; no obstante, y dado que se modificó los extremos temporales de la relación laboral, se tendría que por el tiempo de labor, se adeuda la suma de **\$1'167.708,24**, suma inferior a la dispuesta por el A Quo, \$1'635.312, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia a fin de establecer tal valor.

Sanción Moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que hay lugar a la imposición de dicha sanción, pues se fundamenta la solicitud de absolución en el pago por consignación que presuntamente realizó el empleador; no obstante, al ser realizado este hasta el 22 de febrero de 2021 (fls. 17 a 20 del archivo 05), es dable extender la moratoria hasta tal calenda.

En efecto, a juicio de la Sala no encuentra asidero los argumentos expuesto por el A Quo en cuanto a no se autorizó el pago del depósito judicial aludido, pues en la carta del 22 de febrero de 2021 se dispuso expresamente *“Así mismo autorizó ordenar el pago del presente depósito a la señora ELIZABETH GALAN SUPELANO o a quien esta autorice y/o represente”*, y en interrogatorio de parte la demandante aceptó tener conocimiento de tal consignación, por lo que, se itera es procedente el pago de la sanción moratoria, no obstante, únicamente lo será hasta la fecha de tal consignación.

Sobre el tópico, CSJ Rad.28090 del 20 de octubre de 2006, señaló que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

Por lo dicho, y dado que existió una mora equivalente a un salario diario, \$32.688,57, desde el 17 de marzo de 2020 hasta el 21 de febrero de 2021, esto es, por 335 días, lo que equivale a **\$10'950.669.83**, de modo que, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe pagar tal suma por concepto de indemnización moratoria.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el contrato de trabajo a término indefinido existente entre ELIZABETH GALÁN SUPELANO y FABIO VERDUGO ESPITIA tuvo como extremos temporales del 04 de febrero de 2016 al 16 de marzo de 2020.

SEGUNDO. –. **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia en cuanto condenó por concepto de salarios del 21 de marzo al 16 de mayo de 2020, para en su lugar ABSOLVER a FABIO VERDUGO ESPITIA del reconocimiento y pago de salarios.

TERCERO. –. **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria se debe pagar un salario diario, \$32.688,57 del 17 de marzo de 2020 al 21 de febrero de 2021, esto es, la suma de **\$10'950.669.83.**

CUARTO. –. **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización por despido sin justa causa, se debe pagar la suma de **\$1'167.708,24.**

QUINTO. –. **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto** de la sentencia, en cuanto dispuso el reconocimiento y pago de aportes a seguridad social en pensiones hasta el 16 de mayo de 2020, para en su lugar, establecer que se deberán reconocer y pagar hasta el 16 de marzo de 2020.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00647 -01.

Demandante: **ELIZABETH GALÁN SUPELANO.**

Demandado: **FABIO VERDUGO ESPITIA.**

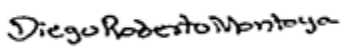
SÉPTIMO. –. Sin costas en esta instancia.

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

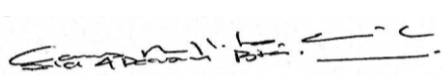
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2022-00019 -01.

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de mayo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, dentro del proceso ordinario laboral que **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a esta entidad a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero obrante en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, y bono pensional; y que COLPENSIONES active su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (archivos 5 y 6) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, el segundo impetró la excepción de compensación.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de febrero de 1998, por intermedio de la PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. señaló que en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se establece cuáles son los conceptos que se devuelven al régimen de prima media, esto es, saldo más rendimientos, no siendo dable devolver otras sumas, pues con ello se genera un enriquecimiento sin causa; que la indexación si bien es la simple actualización de la moneda, durante el

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

tiempo que ha estado afiliado el actor este ha gozado de rendimientos; y que en virtud del principio de restituciones mutuas se debe permitir que haga el descuento de las condenas de los rendimientos financieros.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que no se deben imponer costas, teniendo en cuenta que no tuvo la potestad de tener afiliado al actor, y que sólo en este proceso se demostró la carencia en el deber de información.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de febrero de 1979 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 29 a 31 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 04 de diciembre de 1997 (fl. 67 del archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta

complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 67 del archivo 06 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 04 de diciembre de 1997 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Parra Acosta se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (04 de diciembre de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al momento de tal traslado el asesor de PROVENIR S.A. sólo le explicó que el I.S.S. se acabaría y que se podía pensionar muy bien.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

En este punto, se esclarece respecto de del argumento presentado por la apelante referente al tema de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia que, CSJ SL4322-2022 ha explicado que *“por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020”*. Lo dicho, también se encuentra de conformidad con CSJ SL2613 del 2022.

Así, conforme la jurisprudencia en cita, no le asiste razón a la apelante, al pretender que no se devuelvan las sumas obtenidas por concepto de rendimientos financieros, como quiera que tales conceptos, debieron ingresar al RPM desde el momento mismo del nacimiento del acto ineficaz y los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a la que pueda tener derecho la actora en el RPM.

Por lo expuesto y, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, es acertado que se hubiera condenado a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES aportes,

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de la pensión, debidamente indexados.

Así mismo, es acertado que se hubiera dispuesto que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por tanto, la condena impuesta se CONFIRMARÁ.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

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

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

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2022-00019 -01.

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES se considera que es era dable su imposición por la A Quo, por lo que, se confirmará tal condena.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2022-00019 -01.

Demandante: **JULIO ALBERTO PARRA ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2022-00064 -01.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se ordene el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 01 de enero de 2015, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Nació el 21 de junio de 1952; **2)** Estuvo vinculado a la Armada Nacional del 24 de junio de 1970 al 30 de junio de 1972; **3)** Laboró en el Departamento de Cundinamarca del 09 de octubre de 1973 al 31 de mayo de 1983; **4)** Laboró en la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá del 05 de marzo al 31 de diciembre de 1984; **5)** En el régimen de prima media cotizó 516 semanas;

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

6) Prestó sus servicios en la Cámara de Representantes del 06 de mayo al 24 de junio de 1992; y **7)** El 18 de junio de 2021 solicitó pensión de vejez; no obstante, se negó mediante Resolución SUB 277872 del 21 de octubre de 2021.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición únicamente alcanza 319 semanas en el régimen de prima media.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que el actor en principio era beneficiario del régimen de transición, pues tenía más de 40 años al 01 de abril de 1994; que si bien el demandante alcanza más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo de 2005, al 31 de diciembre de 2014, cotizó 998,16 semanas; que en dicha contabilización se tuvieron en cuenta tiempos públicos y el de agosto de 2009, pues la demandada no manifestó ningún tipo de deficiencia en la afiliación realizada al actor en tal calenda; que igualmente, en tal contabilización se descartaron las cotizaciones que resultaron simultaneas; y que el actor no cuenta con 1300 semanas para ser beneficiario de una pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que la contabilización de servicios antes de 1994 conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia se realiza teniendo en cuenta que la fracción por mes se equipara a 4,33 semanas; y que en la contabilización total se tiene que el demandante alcanzaría las 1000 semanas requeridas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Hay lugar a reconocer pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Vejez. Acuerdo 049 de 1990.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, para quienes en lo relativo a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

se aplicará lo establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora bien, para establecer si alguien es beneficiario del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigor del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014 (CSJ SL1466-2021).

Ahora bien, para ser beneficiario de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, se rememora que de conformidad con el artículo 12 de tal normatividad, es necesario acreditar 60 años para el caso del hombre, 1000 semanas o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

En el *sub examine*, se encuentra acreditado que el demandante nació el 21 de junio de 1952 (fl.35 del archivo 01), por lo que al 01 de abril de 1994 tenía 41 años, 9 meses y 11 días, por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición.

Del mismo modo, se avizora que cumplió la edad de 60 años el 21 de junio de 2012; no obstante, frente al cómputo de semanas se hace necesario rememorar que si bien la línea de pensamiento del órgano de cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al I.S.S. con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990; dicha postura fue abandonada y se dispuso la posibilidad de computar tiempos públicos con lo cotizado al I.S.S., para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 01 de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020).

De esta manera, y teniendo en consideración tal precedente, tenemos que el actor acumula los siguientes tiempos:

- Ministerio de Defensa Nacional del 24 de junio de 1970 al 30 de junio de 1972, **105,43** semanas (fl.36 del archivo 01).
- Departamento de Cundinamarca del 09 de octubre de 1973 al 31 de mayo de 1983, para un total de **503,14** semanas (fl. 41 del archivo 01).
- Secretaría Distrital de Salud Distrital del 05 de marzo al 31 de diciembre de 1984, para un total de **43,14** semanas (fl. 47 del archivo 01).
- Asamblea de Cundinamarca del 01 de enero al 31 de diciembre de 1987, para un total de **52,14** semanas (fl. 58 del archivo 01).
- Cámara de Representantes del 06 de mayo al 24 de junio de 1992, para un total de **7,14** semanas (fl. 58 del archivo 01).
- Cotizadas a COLPENSIONES, **293,30** semanas; de la historia laboral no se tiene en cuenta la cotizada en enero de 1987 por

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

tratarse de un tiempo simultaneo, así como los periodos posteriores a 2014 (fls. 50 a 57 del archivo 01).

Frente a la contabilización de semanas, téngase en consideración que CSJ SL3130-2022 que reitera CSJ SL7995-2015 señaló que, cuando se trata de tiempos anteriores al 01 de abril de 1994 el período del mes se equipara a 4,33 semanas.

Conforme a lo anterior, el demandante a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 alcanzaba **768.43 semanas**, esto es, más de 750 semanas, de modo que su régimen de transición se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual acumulaba un total de **1004,29 semanas.**

Así las cosas, COLPENSIONES debe reconocer y pagar una pensión de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, se REVOCARÁ la sentencia a fin de establecer tal condena.

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

Para determinar la fecha de reconocimiento pensional se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación del sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Sin embargo, dicha CSJ Rad. 35.605 del 20 de octubre de 2009, y más recientemente en CSJ SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

En el asunto encuentra la Sala que, si bien no se presentó novedad de retiro y/o novedad de desafiliación, se encuentra que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de mayo de 2020, y la fecha de generación de la historia laboral es del 27 de mayo de 2022 (fls. 20 a 30 del archivo 07). Igualmente, y como quedó visto con anterioridad, el demandante cumplió la edad de 60 años el 21 de junio de 2012 y alcanzó más de 1000 semanas al 31 de diciembre de 2014, lo que permite concluir, que desde mayo de 2020 el demandante cesó su vinculación al sistema de pensiones, por lo que, es dable el reconocimiento prestacional desde el 01 de junio de 2020.

Así las cosas y, dado que se impetró demanda el 16 de febrero de 2022 (archivo 02), es claro que no operó el fenómeno de la **prescripción**, pues no transcurrieron más de tres años de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., desde la exigibilidad del derecho prestacional y la correspondiente demanda.

En cuanto a la **cantidad de mesadas** que se debe reconocer con la pensión, se hace menester rememorar que el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que, sólo es dable reconocer 14 mesadas a las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que causen su pensión antes del 31 de julio de 2011; aspecto que aquí no se encuentra demostrado, pues sólo hasta finales de 2014, se alcanzaron las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, por ende se reconocerá la prestación sólo con trece mesadas.

Finalmente, y en cuanto al valor de la pensión, se tiene que en adición a las semanas alcanzadas por el demandante al 31 de diciembre de 2014, desde 2015 hasta mayo de 2020 logró cotizar **218,46 semanas**, por lo que se alcanza un total de **1222,75**, por manera que, sólo es dable liquidar sobre el promedio de los últimos diez años de cotización. Por tanto, la mesada pensional a reconocer es el salario mínimo legal, **\$877.802**, pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2022-00064 -01.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

la mesada resultante es inferior a tal monto, -\$705.272,44-, tal y como se corrobora en las siguientes operaciones aritméticas:

			Año 1992				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
29/05/86	31/05/86	3	133.761,00	4.458,70	\$ 13.376,10		
01/06/86	24/06/86	24	133.761,00	4.458,70	\$ 107.008,80		
Total días		27			\$ 120.384,90	\$ 4.458,70	\$ 133.761,00
			Año 1994				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
28/03/94	31/03/94	4	98.700,00	3.290,00	\$ 13.160,00		
01/04/94	30/04/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/05/94	31/05/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/06/94	30/06/94	30	98.700,00	3.290,00	\$ 98.700,00		
01/07/94	31/07/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/08/94	31/08/94	31	98.700,00	3.290,00	\$ 101.990,00		
01/09/94	28/09/94	28	98.700,00	3.290,00	\$ 92.120,00		
Total días		185			\$ 608.650,00	\$ 3.290,00	\$ 98.700,00
			Año 2009				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/09/09	30/09/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,00		
01/10/09	31/10/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,00		
01/11/09	30/11/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,00		
Total días		90			\$ 1.490.700,00	\$ 16.563,33	\$ 496.900,00
			Año 2010				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/04/10	30/04/10	25	515.000,00	17.166,67	\$ 429.166,67		
01/05/10	31/05/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/06/10	30/06/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/07/10	31/07/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/08/10	31/08/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/09/10	30/09/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/10/10	31/10/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/11/10	30/11/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
01/12/10	31/12/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,00		
Total días		265			\$ 4.549.166,67	\$ 17.166,67	\$ 515.000,00
			Año 2011				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	7	536.000,00	17.866,67	\$ 125.066,67		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2022-00064 -01.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/03/11	31/03/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/04/11	30/04/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/05/11	31/05/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/07/11	31/07/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/08/11	31/08/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/09/11	30/09/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/10/11	31/10/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/11/11	30/11/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
01/12/11	31/12/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,00		
Total días		277			\$ 4.949.066,67	\$ 17.866,67	\$ 536.000,00

			Año 2012				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/12	29/02/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/03/12	31/03/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/04/12	30/04/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/05/12	31/05/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/06/12	30/06/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/07/12	31/07/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/08/12	31/08/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/09/12	30/09/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/10/12	31/10/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/11/12	30/11/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
01/12/12	31/12/12	30	567.000,00	18.900,00	\$ 567.000,00		
Total días		330			\$ 6.237.000,00	\$ 18.900,00	\$ 567.000,00

			Año 2013				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/13	28/02/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/03/13	31/03/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/04/13	30/04/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/05/13	31/05/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/06/13	30/06/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/07/13	31/07/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/08/13	31/08/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/09/13	30/09/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/10/13	31/10/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/11/13	30/11/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
01/12/13	31/12/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,00		
Total días		330			\$ 6.484.500,00	\$ 19.650,00	\$ 589.500,00

			Año 2014				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	29	589.500,00	19.650,00	\$ 569.850,00		
01/02/14	28/02/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/03/14	31/03/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/04/14	30/04/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/05/14	31/05/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/06/14	30/06/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/07/14	31/07/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2022-00064 -01.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/08/14	31/08/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/09/14	30/09/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/10/14	31/10/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/11/14	30/11/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/12/14	31/12/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
Total días		359			\$ 7.345.850,00	\$ 20.461,98	\$ 613.859,33

				Año 2015			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,00		
01/02/15	28/02/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,00		
01/03/15	31/03/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,00		
Total días		90			\$ 1.904.700,00	\$ 21.163,33	\$ 634.900,00

				Año 2016			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/04/16	30/04/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/05/16	31/05/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/06/16	30/06/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/07/16	31/07/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/08/16	31/08/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/09/16	30/09/16	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,00		
01/10/16	31/10/16	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,00		
01/11/16	30/11/16	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,00		
01/12/16	31/12/16	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,00		
Total días		270			\$ 6.247.275,00	\$ 23.138,06	\$ 694.141,67

				Año 2017			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/17	28/02/17	30	775.434,00	25.847,80	\$ 775.434,00		
01/03/17	31/03/17	30	738.000,00	24.600,00	\$ 738.000,00		
01/04/17	30/04/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/05/17	31/05/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/06/17	30/06/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/07/17	31/07/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/08/17	31/08/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/09/17	30/09/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/10/17	31/10/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/11/17	30/11/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
01/12/17	31/12/17	30	763.000,00	25.433,33	\$ 763.000,00		
Total días		330			\$ 8.380.434,00	\$ 25.395,25	\$ 761.857,64

				Año 2018			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	29	763.000,00	25.433,33	\$ 737.566,67		
01/02/18	28/02/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,00		
01/03/18	31/03/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,00		
01/04/18	30/04/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2022-00064 -01.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/05/18	31/05/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,00		
01/06/18	30/06/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,00		
01/07/18	31/07/18	30	808.780,00	26.959,33	\$ 808.780,00		
01/08/18	31/08/18	30	808.780,00	26.959,33	\$ 808.780,00		
01/09/18	30/09/18	30	808.780,00	26.959,33	\$ 808.780,00		
01/10/18	31/10/18	30	808.780,00	26.959,33	\$ 808.780,00		
01/12/18	31/12/18	30	808.780,00	26.959,33	\$ 808.780,00		
Total días		329			\$ 8.687.676,67	\$ 26.406,31	\$ 792.189,36

			Año 2019				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	29	828.116,00	27.603,87	\$ 800.512,13		
01/02/19	28/02/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/03/19	31/03/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/04/19	30/04/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/05/19	31/05/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/06/19	30/06/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/07/19	31/07/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/08/19	31/08/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/09/19	30/09/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/10/19	31/10/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/11/19	30/11/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
01/12/19	31/12/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,00		
Total días		359			\$ 9.909.788,13	\$ 27.603,87	\$ 828.116,00

			Año 2020				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/20	31/01/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,00		
01/02/20	29/02/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,00		
01/03/20	31/03/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,00		
01/04/20	30/04/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,00		
01/05/20	31/05/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,00		
Total días		150			\$ 4.389.015,00	\$ 29.260,10	\$ 877.803,00

CÁLCULO PROMEDIO DE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1992	27	9,70	103,80	10,70	\$ 133.761,00	\$ 1.431.380,60	\$ 1.288.242,54
1994	185	14,89	103,80	6,97	\$ 98.700,00	\$ 688.049,70	\$ 4.242.973,14
2009	90	69,80	103,80	1,49	\$ 496.900,00	\$ 738.942,98	\$ 2.216.828,94
2010	265	71,20	103,80	1,46	\$ 515.000,00	\$ 750.800,56	\$ 6.632.071,63
2011	277	73,45	103,80	1,41	\$ 536.000,00	\$ 757.478,56	\$ 6.994.052,01
2012	330	76,19	103,80	1,36	\$ 567.000,00	\$ 772.471,45	\$ 8.497.185,98
2013	330	78,05	103,80	1,33	\$ 589.500,00	\$ 783.985,91	\$ 8.623.844,97
2014	359	79,56	103,80	1,30	\$ 613.859,33	\$ 800.887,36	\$ 9.583.952,11
2015	90	82,47	103,80	1,26	\$ 634.900,00	\$ 799.110,22	\$ 2.397.330,67
2016	270	88,05	103,80	1,18	\$ 694.141,67	\$ 818.306,70	\$ 7.364.760,31
2017	330	93,11	103,80	1,11	\$ 761.857,64	\$ 849.326,85	\$ 9.342.595,31
2018	329	96,92	103,80	1,07	\$ 792.189,36	\$ 848.424,02	\$ 9.304.383,39
2019	359	100,00	103,80	1,04	\$ 828.116,00	\$ 859.584,41	\$ 10.286.360,08
2020	359	103,80	103,80	1,00	\$ 877.803,00	\$ 877.803,00	\$ 10.504.375,90
Total días	3600	IBL 2020					\$ 97.278.956,97

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

				\$ 810.657,97
Pensión		Tasa de reemplazo	87%	\$ 705.272,44

Intereses Moratorios e Indexación.

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que sólo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de cuatro meses de que trata el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

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

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4480-2020, CSJ SL4811-2020, y CSJ SL2071-2021 señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación; no obstante, la reclamación que se elevó en el presente asunto se efectuó el 18 de junio de 2021 (fls. 77 a 82 del archivo 01), por lo que, en ese orden de ideas, resulta plausible el reconocimiento de intereses moratorios, a partir del 18 de octubre de 2021.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Así las cosas, se condenará a COLPENSIONES a pagar al actor intereses moratorios sobre las mesadas causadas entre el 01 de junio de 2020 al 30 de septiembre de 2021, a partir del 18 de octubre de 2021 y hasta que se haga efectivo su pago; e intereses moratorios sobre las mesadas del 01 de octubre de 2021 desde la causación de cada mesada, mes a mes hasta que se haga efectivo su pago.

No se impone **indexación** por resultar incompatible con el reconocimiento de intereses moratorios.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de Luis Arturo Pardo Acosta una pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 01 de junio de 2020, en trece mesadas anuales.

B. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de Luis Arturo Pardo Acosta intereses moratorios sobre las mesadas causadas entre el 01 de junio de 2020 y el 30 de septiembre de 2021, a partir del 18 de octubre de 2021 y, hasta que se haga efectivo su pago; e intereses moratorios sobre las mesadas que se causen a partir del 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2022-00064 -01.

Demandante: **LUIS ARTURO PARDO ACOSTA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de octubre de 2021 desde la causación de cada mesada, mes a mes, hasta que se haga efectivo su pago.

C. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. -. Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

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

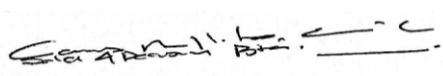
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00094 -01.

Demandante: **ÁNGELA PATRICIA GRUESSO ECHEVERRI.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ÁNGELA PATRICIA GRUESSO ECHEVERRI** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de mayo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare que su estado de invalidez se produjo el 17 de septiembre de 2016 o en subsidio desde el 31 de mayo de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita la prestación desde alguna de las calendas aludidas hasta el 26 de julio de 2018, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Nació el 09 de abril de 1965; **2)** Fue diagnosticada con Polirradiculoneuropatía causada por el Síndrome Guillain Barre, como se registra en la historia clínica del 08 de mayo de 1990. En 1991 se estableció que su enfermedad era crónica y el Ministerio de Salud mediante la

Resolución 0005265 de 2018 señaló que era huérfana; **3)** Su profesión es terapeuta física; **4)** Cotizó entre el 20 de marzo de 1987 y mayo de 2017 de forma intermitente, 862 semanas; siendo su última vinculación con Colsubsidio desde el 01 de junio de 2003 al 22 de septiembre de 2016; **5)** Fue beneficiaria del subsidio de desempleo hasta el 10 de mayo de 2017; y **6)** Mediante dictamen del 16 de diciembre de 2018 fue declarada en situación de invalidez, con un P.C.L. del 51,60% de origen común y fecha de estructuración 27 de julio de 2018; **7)** El 21 de enero de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes, la que se reconoció mediante Resolución SUB 102373 del 30 de abril de 2019, empero a partir del 27 de julio de 2018; y **8)** El 28 de noviembre de 2019 solicitó la prestación desde el día que dejó de trabajar o desde el momento que hizo su última cotización a pensiones.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que reconoció la prestación desde la fecha de estructuración, tal y como lo dispone la normatividad legal; y que el dictamen que fue tenido en cuenta para el reconocimiento pensional se encuentra en firme y no fue objeto de impugnación o demanda.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la pensión se debe reconocer desde la fecha de estructuración; que si bien cuando se está frente a enfermedades crónicas es posible cambiar la fecha de estructuración, por la de la última cotización, solicitud del reconocimiento pensional o del dictamen, lo cierto es que, tal reconocimiento se efectuaba teniendo en cuenta la capacidad residual del trabajador posterior a la fecha de estructuración de la invalidez en procura de garantizar su derecho pensional; y que la patología de la actora es crónica, sin embargo, tiene como

fecha de estructuración el 27 de julio de 2018, sin tener semanas posteriores a esta y que puedan provenir de su capacidad residual.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** dijo que, si bien lo dicho por la juez es acertado, se debe tener otros principios de la seguridad social, pues es posible reemplazar la mesada por el salario; y que al estarse frente a una enfermedad crónica invalidante, nadie va a contratar a la actora, no accedió al trabajo, y gozó de un subsidio de desempleo, es claro, que estaba excluida del mundo laboral.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de septiembre de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Se acreditan los presupuestos para reconocer la pensión de invalidez de la demandante desde una fecha previa a su fecha de estructuración?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Pensión de Invalidez.

La pensión de invalidez es una prestación que suple los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. Según el ordenamiento jurídico que rige la materia, se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral.

Así mismo, es pertinente memorar que si bien CSJ SL4031-2017, CSJ SL3905-2018 y CSJ SL1040-2021 ha expuesto que, la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma; lo que se acompasa con la sentencia SU-313 de 2020 de la H. Corte Constitucional. Postura que se moduló, pues se consideró que hay casos concretos que permiten establecer excepciones, como lo es el caso de las enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, en donde es dable contabilizar las semanas efectuadas antes de la fecha en que se solicita la pensión, la de declaración del riesgo o de la última cotización, a efectos de determinar la consolidación de la prestación económica.

Igualmente, se hace necesario rememorar que, frente a los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, CSJ SL1193-2015 ha expuesto, siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, modificado por el Decreto 1507 de 2014, que *“la invalidez se estructura cuando la persona ha perdido, en forma definitiva, su capacidad para trabajar”*. De igual manera, CSJ SL3992-2019 ha sostenido de manera unánime y pacífica, que los dictámenes emitidos por la junta de calificación o los entes que por ley le corresponde realizar la valoración de la pérdida de la capacidad laboral – esto es, según artículo 41 de la Ley 100 de 1993, COLPENSIONES, A.R.L., Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y E.P.S., - son válidos, pese a no ser conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que pueden ser evaluadas o desvirtuadas por el juez laboral, atendiendo la libertad probatoria consagrada en el artículo 60 del C.P.T. y

de la S.S. Pese a lo anterior, apartarse de un documento científico elaborado por expertos, exige una valoración probatoria que se sustente en evidencia igualmente científica, especializada e, idónea que le permita al juez modificar los aspectos que deban controvertirse en la prueba.

Sentado los anteriores presupuestos, en el asunto encontramos que la demandante se encuentra afiliada a COLPENSIONES, que esta entidad mediante dictamen del 26 de diciembre de 2018 determinó que la actora padecía del Síndrome de Guillain-Barre, que presentaba un P.C.L. del 51,60% de origen común y que la fecha de estructuración era el 27 de julio de 2018 (fls. 27 a 34 del archivo 01); dictamen que no fue objeto de impugnación ni ha sido demandada, y frente al que no se encuentra que se hubiera desplegada actividad probatoria alguna para restarle valor.

Igualmente, se avizora que la demandante cotizó hasta el 31 de mayo de 2017, según lo dispuesto en la historia laboral del 16 de mayo de 2022 obrante en el expediente administrativo visible en la carpeta 4.1.

Así las cosas, considera la Sala que para el caso no es dable modificar la fecha de estructuración, pues tal y como lo sostuvo la jueza de primera instancia, si bien se puede considerar que se está frente a una enfermedad huérfana, lo cierto es que conforme a CSJ SL3275-2019 y CSJ SL5023-2021, a las personas que padecen de estas, se les ha habilitado la contabilización de semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez a efectos de adquirir la pensión de invalidez *“ello, porque los afiliados que padecen tales contingencias pueden conservar una real, efectiva y probada capacidad laboral para ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y continuar realizando aportes al sistema, ello con el fin de poder acceder a alguna prestación en el sistema general de pensiones.”*

Al punto, se esclarece que el “Síndrome de Guillain-Barre”, según la Organización Mundial de la Salud- O.M.S. se trata de *“En el síndrome de Guillain-Barré, el sistema inmunitario del organismo ataca parte del sistema nervioso periférico. El síndrome puede afectar a los nervios que controlan los movimientos musculares así como a los que transmiten sensaciones*

dolorosas, térmicas y táctiles. Esto puede producir debilidad muscular, pérdida de sensibilidad en las piernas y/o los brazos y problemas para deglutir o respirar.

Se trata de una afección rara y, si bien puede afectar a personas de todas las edades, es más frecuente en adultos y en personas de género masculino.”¹

De igual manera, el artículo 2 de la Ley 1392 de 2010, modificado por el artículo 140 de la Ley 1438 de 2011, establece que las enfermedades huérfanas son aquellas “*crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, las cuales se catalogan como enfermedades raras, ultra huérfanas y olvidadas*”.

En igual sentido, CSJ SL770-2020 expuso que, es posible tener en cuenta -conforme a las particularidades de cada caso-, además de la data de estructuración de la invalidez: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando-. Lo anterior, porque en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Igualmente, adujo que para ello es necesario demostrar que, (i) la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe

¹ Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/guillain-barr%C3%A9-syndrome#:~:text=El%20s%C3%ADndrome%20de%20Guillain%2DBarr%C3%A9,en%20personas%20de%20g%C3%A9nero%20masculino.>

realizar el conteo, se puede tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Postura reiterada en CSJ SL1069-2021 y CSJ SL2830-2021.

En consideración a lo dicho, es claro que la actora padece de una enfermedad que debe ser de especial protección, sin embargo, para que le fuera aplicado los anteriores apartes jurisprudenciales era necesario que los aportes realizados se encuentren de acuerdo al ejercicio de una efectiva y probada capacidad residual, lo que no se demuestra, pues como quedó visto la fecha de estructuración establecida por COLPENSIONES en su dictamen de pérdida de capacidad laboral es posterior a la fecha en la que el demandante contó con capacidad para seguir laborando.

Así mismo, y si bien no se desconoce que la pensión de invalidez ingresa a suplir los ingresos de una persona, así como que por su situación de salud difícilmente pudo haber sido objeto de contratación, lo cierto es que el aludido dictamen no se demandó ni fue puesto objeto de impugnación dentro del correspondiente trámite administrativo, por demás que no se acreditó con criterios científicos sólidos que en este se hubiera incurrido en algún tipo de equivocación respecto de la fecha de estructuración, por lo que bajo tal arista, no es dable predicar una fecha de reconocimiento disímil a la de la fecha de estructuración

Corolario de lo anterior, no queda otro camino que REVOCAR la sentencia apelada, y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra; misma razón por la que tampoco resultaría procedente una condena contra PROTECCIÓN S.A.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00094 -01.
Demandante: **ÁNGELA PATRICIA GRUESO ECHEVERRI.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

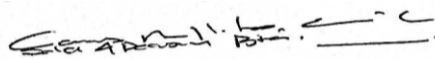
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2022-00094 -01.

Demandante: **ÁNGELA PATRICIA GRUESO ECHEVERRI.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$150.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', is written over the printed name below it.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00117-01.

Demandante: **LUIS ENRIQUE MOLINA SÁENZ.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

AUTO

El 16 de junio de 2023, el apoderado de la DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. allegó memorial a través del que interponía recurso de apelación (archivo 13). Asimismo, la parte actora mediante memorial del 01 de noviembre de 2023 puso de presente la interposición de tal recurso así como indicó que el mismo debía tenerse como extemporáneo.

Al respecto, se rememora que, el artículo 66 del C.P.T. y de la S.S. establece que, *“Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación, mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente”*.

De esta manera, es claro que la Sala únicamente puede asumir el conocimiento de los recursos que se hubieran impetrado en la etapa procesal correspondiente, esto es, una vez se notificó la sentencia del 09 de junio de 2023 y se efectuó su sustentación oral. Por ende, no se tendrá en cuenta el escrito de recurso de apelación del 16 de junio de 2016, pues a todas luces tal recurso resulta extemporáneo, tal y como lo puso de presente el apoderado de la parte actora.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.** contra la providencia que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 09 de junio de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ENRIQUE MOLINA SÁENZ** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 01 de febrero de 1993 al 01 de abril de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a laborar el 01 de febrero de 1993 mediante un contrato de trabajo verbal al servicio de la demandada, para desempeñar las funciones de Instalador de Vidrio Templado y Marquetero Ensamblador; **2)** El 01 de abril de 2019 presentó carta de renuncia con fundamento en la falta de cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador, quien pagó de forma irregular sus salarios desde 2017 y se abstuvo de reconocerlos desde la segunda quincena de diciembre de 2018; **3)** Laboró de lunes a viernes en un horario de 8:00 A.M. a 5:30 P.M. con una hora de almuerzo, los dos primeros años; y luego, de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. con media hora de almuerzo. Los días sábados laboraba de 8:00 A.M. a 1:00 P.M.; **4)** Devengaba el salario mínimo; **5)** Durante sus 26 años de servicios únicamente recibió tres overoles; **6)** Realizó su labor de forma personal, siguiendo las órdenes impartidas por su empleador y cumpliendo el horario de trabajo aludido; **7)** No le han pagado la liquidación final de prestaciones sociales ni sus salarios desde la segunda quincena de diciembre de 2018; **8)** El 30 de abril de 2019 solicitó el pago de sus acreencias laborales; sin embargo, no se obtuvo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00117-01.

Demandante: **LUIS ENRIQUE MOLINA SÁENZ.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.**

respuesta; y **9)** El 12 de abril de 2019 su empleador autorizó el retiro de cesantías.

2. Respuesta a la Demanda.

DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. (archivos 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, extremo inicial, modalidad, y la presentación de una renuncia por parte del actor.

Adujo que el contrato terminó el 31 de marzo de 2019; que no existió causa imputable al empleador para la finalización del contrato de trabajo por parte del actor; y que pagó cada una de las acreencias laborales a su cargo.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO; DECLARAR que entre DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. y LUIS ENRIQUE MOLINA SAENZ, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de febrero de 1993 al 31 de marzo de 2019 devengando como último salario el mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. a pagar al demandante la suma de \$948.980 por concepto de saldo de salarios, prestaciones sociales y vacaciones.

TERCERO: CONDENAR a DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. a pagar al demandante la indemnización por terminación del contrato por justa causa imputable al empleador, por valor de \$14'927.558.

CUARTO : CONDENAR a DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. a pagar al demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., es decir, la suma diaria de \$29.261.00 desde el 01 de abril de 2019 hasta el 03 de agosto de 2022

QUINTO: CONDENAR a DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. en costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'000.000

SEXTO: ABSOLVER a DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.' del resto de pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión señaló que obra certificación de la que se puede establecer la existencia de la relación laboral, así como que el demandante devengaba un salario mínimo; que se aceptó que al momento de la terminación no se logró efectuar el pago de prestaciones sociales; que se aceptó la existencia de un título de depósito judicial, no obstante, este no cubre la totalidad de lo que se adeudaba por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, debiéndose al suma de \$948.980; que no se acreditó ningún tipo de perjuicio para que haya lugar al pago de dotaciones; que hay lugar a reconocer indemnización por despido sin justa causa, al evidenciarse un despido indirecto, pues ciertamente existe constancia que el empleador dejó de cumplir sus obligaciones laborales, como lo es, dejar de pagar los salarios desde enero de 2019, por demás que se evidencia un trato discriminatorio, al señalar la testigo Leonor Ladino que se pagaba a quienes solicitaban y que este no había presentado ningún tipo de petición; que hay lugar a indemnización moratoria, pues aunado a que la crisis económica de la empresa no la debe soportar el trabajador, el empleador sólo acreditó el pago de la liquidación final de prestaciones sociales el 03 de agosto de 2022, mediante depósito judicial; y que la liquidación debe ser un día de salario por cada día de retardo al tener el trabajador un salario mínimo.

4. Argumentos de la Recurrente.

DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S dijo en lo que respecta a la sanción moratoria, que esta no fue sistemática de la situación de la empresa, a sabiendas que, todo se encontraba pago hasta diciembre de 2018; y que la falta de pago de salarios de enero de 2019 en adelante fue con ocasión a los embargos que presentaban.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar a imponer a la empresa demandada indemnización moratoria?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Indemnización Moratoria.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador conforme lo dispone el artículo 65 del C.S.T.

Ahora bien, CSJ SL16884-2016 y CSJ SL3071-2018 ha enseñado que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso e incluso la conducta del empleador dentro de los procesos de reestructuración y liquidación; recuérdese que, la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

En todo caso, CSJ SL845-2021 ha establecido que, la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerar al empleador de la sanción moratoria, debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales.

Sentadas las anteriores premisas, en el asunto concreto encontramos que DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S. admitió el pago tardío de los salarios de enero a marzo de 2019, así como de las prestaciones sociales; ello, con fundamento en una presunta situación de iliquidez que afrontaba y de la que dio cuenta los testigos Leonor Ladino y Henry Aurelio Acevedo Pinto, sin embargo, no encuentra la Sala que el estado que narran les impidiera por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo dicho, pues aunado a que no se encuentra en el certificado de existencia y representación de la demandada que estuviera en estado de liquidación o si quiera de reorganización (fls. 53 a 61 del archivo 01), no se allega prueba alguna que dé cuenta que sus finanzas estaban de declive y si bien, de los testigos se puede colegir que la empresa contaba con embargos de bancos y del distrito de Bogotá, no se puede establecer fehacientemente si estos le impedían cumplir con sus obligaciones laborales, los que por demás se tratan de créditos de primer nivel.

Así las cosas, estima esta Sala que no obran en el plenario elementos probatorios suficientes para determinar que el empleador actuó exento de mala fe, sólo evidenciándose un genuino interés por pagar los salarios y prestaciones sociales adeudadas cuando se efectuó el pago por consignación visible a folio 9 del archivo 08, lo que ocurrió el 04 de agosto de 2022, por lo que, al reconocerse la sanción en estudio hasta el 03 de agosto de 2022, se considera razonable tal condena, y por ende, se CONFIRMARÁ en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00117-01.

Demandante: **LUIS ENRIQUE MOLINA SÁENZ.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá 09 de junio de 2023, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



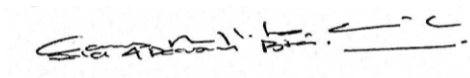
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2022-00117-01.

Demandante: **LUIS ENRIQUE MOLINA SÁENZ.**

Demandado: **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la DISTRIBUIDORA NACIONAL DE VIDRIOS S.A.S.
como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2022-00177 -01.

Demandante: **OMAIRA CRUZ.**

Demandado: **CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS** contra la providencia que el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **OMAIRA CRUZ** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 01 de julio de 1980 al 09 de marzo de 2021. Como consecuencia de lo anterior, solicita el cálculo actuarial desde el 01 de julio de 1980 al 30 de noviembre de 1997, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Ingresó al servicio de la demandada el 01 de julio de 1980, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar funciones de empleada del servicio doméstico; vínculo que actualmente se encuentra

Demandante: **OMAIRA CRUZ.**

Demandado: **CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS.**

vigente; **2)** Devengaba el salario mínimo; **3)** Fue afiliada a seguridad social el 01 de diciembre de 1997; **4)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y **5)** Cuenta con 61 años, no obstante, no ha podido disfrutar de su pensión ante la falta de semanas, ya que, en la historia laboral de Colpensiones únicamente se reflejan 11,40 semanas.

2. Respuesta a la Demanda.

CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la prestación de servicios de la actora como empleada doméstica, la vigencia de la relación laboral; la afiliación de su trabajadora desde el 01 de diciembre de 1997; la cantidad de semanas que se reflejan en su historia laboral; y la edad de la actora.

Adujo que la demandante ingresó a laborar a sus servicios el 01 de diciembre de 1997; que ha pagado las prestaciones sociales, aclarando que la obligación de pagar prima de servicios sólo surgió en 2016; que las vacaciones no se pagan sino cuando termina el contrato de trabajo, no obstante, la relación laboral continua vigente; y que la ley prohíbe compensar en dinero las dotaciones.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre OMAIRA CRUZ y CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia desde el 1 de diciembre de 1997 el cual se encuentra vigente a la fecha, desempeñando OMAIRA CRUZ el cargo de empleada doméstica, devengando como remuneración el salario mínimo legal vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS a pagar a favor de OMAIRA CRUZ, los siguientes conceptos y valores:

- 1.** Por concepto de auxilio de cesantías causado entre el 01 de diciembre de 1997 al 31 de diciembre de 2022, \$13'471.329, valor que se reitera debe ser consignado al fondo de cesantías que elija la demandante, como quiera que el vínculo no ha fenecido.
- 2.** Por concepto de intereses a las cesantías causadas entre el 27 de abril de 2019 al 31 de diciembre de 2022, a suma de \$402.817.

Demandante: **OMAIRA CRUZ.**

Demandado: **CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS.**

3. Por concepto de sanción por no consignación de las cesantías causadas desde el 27 de abril de 2019 al 31 de diciembre de 2022, la suma de \$43'373.343.
4. Por concepto de compensación a vacaciones causadas desde el 27 de abril de 2019 y 31 de diciembre de 2021, la suma de \$2'753.389.

TERCERO: ABSOLVER a CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS de las demás pretensiones incoadas en su contra por OMAIRA CRUZ.

CUARTO: CONDENAR en costas a CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS, para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de \$2'000.0000, liquidense en la oportunidad procesal correspondiente.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, la vigencia de este, y el cargo de la actora, no siendo así con el extremo inicial; que la testigo compareciente no ofreció la claridad suficiente para determinar cuando inició la relación laboral, misma situación que ocurre con los demás medios probatorios, pues no existe documento alguno que dé cuenta que la relación laboral se desarrolló de forma previa al 01 de diciembre de 1997; que al demandarse el 27 de abril de 2022, se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 27 de abril de 2019, con excepción de las cesantías que se causan desde la terminación del vínculo laboral; que hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías, puesto que no se demostró la obligación de la empleadora de pagarlas en un fondo; que la demandante confesó el pago de la prima de servicios al rendir interrogatorio de parte; que se acreditó el pago de aportes a pensión; y que no se demostró perjuicio alguno para reconocer suma alguna por concepto de dotaciones.

4. Argumentos de la Recurrente.

CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS expuso que habría lugar a vacaciones si la relación laboral tuviera un extremo final, pues la normatividad es clara que, en caso de deberse vacaciones a la terminación de contrato de trabajo, estas deben pagarse o compensarse en dinero; que, por lo anterior, encontrarse la relación laboral vigente se debió ordenar el disfrute de las vacaciones con el pago de lo que por ley corresponde; que no es dable la condena por sanción por no consignación de las cesantías, como quiera que se debió acreditar la mala fe, pues la buena fe se presume, no obstante, la sentencia tomo como base que la mala fe se presumía, y así no se entiende qué prueba se debió allegar, se debió verificar la conducta de la demandada, quien vive de su pensión, desconoce normas, que ha tratado

de cumplir sus obligaciones laborales, y que no se evidencia ningún tipo de actuación torticera, por demás que tal condena resulta desproporcional.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar a ordenar el reconocimiento de vacaciones en dinero pese a encontrarse la relación laboral vigente?, y ¿es dable considerar que la conducta de la empleadora estuvo revestida de buena para exonerarla de reconocer y pagar sanción por no consignación de las cesantías?

Tesis

Modifica la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Vacaciones.

Las vacaciones son aquel descanso que se otorga a los trabajadores por haber laborado durante un año, deben ser remuneradas, de manera que se siguen recibiendo a pesar de que no se esté laborando. En ese sentido, el

artículo 186 del C.S.T. dispone que *“Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.”*

De esta manera, las vacaciones se causan una vez se cumple un año de trabajo, de modo que cada año de servicios prestados da derecho a tal beneficio; sin embargo, el artículo 187 *ejusdem* faculta al empleador para que las otorgue a más tardar dentro del año subsiguiente, ya sea porque son concedidas oficiosamente o a petición del trabajador.

Igualmente, el artículo 190 *ejusdem* señala que, el trabajador gozara anualmente, por lo menos de seis días hábiles continuos de vacaciones, los que no son acumulables; que las partes pueden convenir en acumular los días restantes de vacaciones hasta por dos años; la acumulación puede ser hasta por cuatro años, cuando se trate de trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo o de extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de sus familiares; y si el trabajador goza únicamente de seis días de vacaciones en un año, se presume que acumula los días restantes de vacaciones a las posteriores.

Descendiendo al caso en estudio, encuentra la Sala que la A Quo condenó por concepto de compensación a vacaciones causadas desde el 27 de abril de 2019 y 31 de diciembre de 2021, la suma de \$2'753.389; no obstante, y dado que la relación laboral se encuentra vigente, ciertamente, es posible considerar que, algunos periodos de vacaciones pueden entenderse acumulados.

En efecto, y dado que la relación laboral inició el 01 de diciembre de 1997, es posible considerar que cada por cada año se debió disfrutar de 15 días de vacaciones, sin embargo, y al declararse la prescripción de las causadas con anterioridad al 27 de abril de 2019, sin que ello fuera objeto de recurso de apelación por parte de la parte actora, se tendría lo siguiente:

- Del 01 de diciembre de 2018 (exigible desde el 27 de abril de 2019, en virtud de la prescripción declarada por el A Quo) al 30 de noviembre de 2019. Proporcionalmente los días reconocidos por la

A Quo por este periodo equivalen a 8,92 días, los que ciertamente podían ser acumulados o pagados según acuerden las partes.

- Del 01 de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020. En este periodo **debían disfrutarse mínimo 6 días** de vacaciones, por lo que, resulta procedente su pago; los restantes 9 días podían acumularse o pagarse junto con los 8,92 días del año anterior, según acuerden las partes.
- 01 de diciembre de 2020 al 30 de noviembre de 2021. En este periodo debía disfrutarse **mínimo 6 días** de vacaciones, por lo que, resulta procedente su pago; los restantes 9 días podían acumularse, sin embargo, **los 8,92 días del primer periodo debían disfrutarse**, por lo que, resulta procedente su pago, y entenderse acumulados o pagarse los 18 días restantes.
- 01 de diciembre de 2021 al 31 de diciembre de 2021. Estas vacaciones corresponden al periodo del 01 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2022 exigibles el 01 de diciembre de 2023, por lo que, al estar vigente la relación laboral al 30 de noviembre de 2022, según se aceptó en interrogatorio de parte de la demandada, **se deberá conceder o pagar 6 días de vacaciones**; los restantes 9 días pueden entenderse acumulados, sin embargo, **los 9 días del segundo periodo en estudio deberán de igual manera concederse o pagarse**, entendiéndose acumulados o pagarse los 18 días restantes.
- En cuanto a los periodos siguientes se deberá seguir dando aplicación a las reglas establecidas en el artículo 190 del C.S.T., conforme quedo visto.

De esta manera, es claro que mínimo se debieron pagar o conceder 20,92 días de vacaciones. Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.

Así las cosas, la Sala procedió a verificar a revisar la documental allegada, no obstante, no se encuentra que se hubiera acreditado tal pago, o concesión, por lo que, ante la ausencia de material probatorio al respecto,

ciertamente no quedaba otro camino que imponer condena por tales días, debiéndose la suma de \$627.400,86 por tal concepto (6 días en 2020 - \$175.560,60-; 14,92 días en 2021- \$451.840,26).

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el ordinal 4 del numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que por concepto de vacaciones del 27 de abril de 2019 al 31 de diciembre de 2021 se debe pagar la suma de **\$627.400,86**, correspondiente a 20,92 días de vacaciones que debieron ser disfrutados por la demandante; que las vacaciones del 01 de diciembre de 2021 al 31 de diciembre de 2021 hacen parte del periodo de vacaciones del 01 de diciembre de 2021 hasta el 30 de noviembre de 2022 exigibles el 01 de diciembre de 2023, periodo por el que **se deberá conceder o pagar 6 días de vacaciones**, los restantes 9 días pueden entenderse acumulados, sin embargo, **los 9 días del periodo del 01 de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020, deberán de igual manera concederse o pagarse**, entendiéndose acumulados o pagarse los 18 días restantes; y que en cuanto a los periodos siguientes se deberá seguir dando aplicación a las reglas establecidas en el artículo 190 del C.S.T., conforme quedo visto.

Sanción por No Consignación de las Cesantías.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción por no consignación de las cesantías, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente a la falta de consignación de cesantías estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido el pago total o parcial de las cesantías; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se

ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista (CSJ SL12854-2016 y CSJ SL1005-2021).

De esta manera, se precisa que cuando se hace alusión a este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (CSJ Rad. 40.509 del 3 de julio de 2013 y CSJ SL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, si bien no se encuentra algún tipo de actuación mal intencionada de la empleadora, se considera acertada la imposición de la sanción por no consignación de las cesantías, puesto que la relación laboral se suscitó por más de 25 años, y no obra pago alguno por concepto de cesantías, por demás que del actuar del empleador no se avizora ningún tipo de conducta que permita establecer que no era su intención sustraerse del cumplimiento de tal obligación contractual, pues como se dijo, no existe pago alguno realizado por concepto de cesantías, no siendo justificación atendible el desconocimiento de la normatividad legal sobre la materia, ya que, es bien conocido que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

En cuanto al argumento referido a lo desproporcional que resulta la condena por concepto de sanción por falta de consignación de las cesantías, se rememora que este es un castigo al empleador que sin causas razonables o justificadas, se abstiene de realizar su pago durante el desarrollo de la relación laboral, por demás que fue el mismo legislador quien dispuso en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, que tal sanción consistía en un día de salario por cada día de mora en la consignación, de modo que atendiendo a que no se avizora una conducta del empleador que pueda considerarse como justificante para no pagar o consignar las cesantías, no queda otro camino que confirmar tal condena.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada

Demandante: **OMAIRA CRUZ.**

Demandado: **CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS.**

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el ordinal 4 del numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que por concepto de vacaciones del 27 de abril de 2019 al 31 de diciembre de 2021 se debe pagar la suma de **\$627.400,86**, correspondiente a 20,92 días de vacaciones que debieron ser disfrutados por la demandante; que las vacaciones del 01 de diciembre de 2021 al 31 de diciembre de 2021 hacen parte del periodo de vacaciones del 01 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2022 exigibles el 01 de diciembre de 2023, periodo por el que **se deberá conceder o pagar 6 días de vacaciones**, los restantes 9 días pueden entenderse acumulados, sin embargo, **los 9 días del periodo del 01 de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020, deberán de igual manera concederse o pagarse**, entendiéndose acumulados o pagarse los 18 días restantes; y que en cuanto a los periodos de vacaciones subsiguientes que se causen, se deberá seguir dando aplicación a las reglas establecidas en el artículo 190 del C.S.T., conforme quedo visto.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

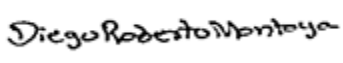
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2022-00177 -01.
Demandante: **OMAIRA CRUZ.**
Demandado: **CRISTINA OLIVA CHARRY ROJAS.**

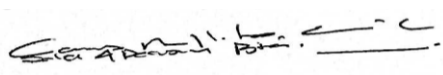
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo dela demandada como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2022-00292-01.

Demandante: **DORA LEONOR PEÑA ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 12 de abril de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **DORA LEONOR PEÑA ROJAS** adelanta contra **COLFONDOS S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. trasladen los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como, aportes, rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración, y bonos pensionales; que COLPENSIONES active su afiliación, la reciba sin solución de continuidad y actualice la historia laboral; y perjuicios morales y materiales causados.

Demandante: **DORA LEONOR PEÑA ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

PORVENIR S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (archivos 07 a 09) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La primera y la tercera, también incoaron la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A. y con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1994 es ineficaz, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se debe entender frene al traslado que se hizo de COLFONDOS S.A. a PORVENIR S.A., cuya efectividad comenzó el 01 de mayo del 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todos los dineros que recibió por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de efectuar el pago.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, desde gastos de administración en adelante debidamente indexados al momento de cumplirse la orden.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que tratan los numerales segundo y tercero, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia en contra de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., de no ser suficientes los dineros que se ordenan enviar en la sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un \$1'160.000,

Demandante: **DORA LEONOR PEÑA ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

se exonera a COLPENSIONES. Para la liquidación de las costas se deberá aplicar la regla sexta del artículo 365

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. señaló que, no se comparte la condena impuestas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y aportes a pensión de garantía mínima debidamente indexados, ya que, la indexación es incompatible con los rendimientos que se están ordenando devolver, lo que ha sido avalado por los Tribunales de Cundinamarca, Cali y Medellín.

Por su parte, **COLPENSIONES** dijo que la demandante no cumple los requisitos para trasladarse conforme la ley y la jurisprudencia; que no se acreditó ningún tipo de engaño, por demás que la actora nunca manifestó deseo alguno de retractarse en las oportunidades legales; que no debe desconocerse las obligaciones que tenía actora como afiliada al sistema de pensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores efectuados dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 14 de agosto de 1991 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible a folios 14 a 17 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 21 de noviembre de 1994 (fl.20 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 20 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de noviembre de 1994 con COLFONDOS S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Peña Rojas se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (21 de noviembre de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que la demandante asegura que los asesores le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar, que era el mejor momento para trasladarse, y que los aportes al I.S.S. se iban a perder; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A. el 08 de marzo de 1999 (fls.22 del archivo 01), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A. de haberle brindado en el año 1994 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General

Demandante: **DORA LEONOR PEÑA ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, resulta acertada la condena impuesta por la A Quo en el numeral tercero de la sentencia, pues ciertamente PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, rendimientos, bono pensional, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía debidamente indexados.

En igual sentido, es acertada la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia, pues ciertamente por las mismas razones COLFONDOS S.A. debe responder por concepto de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía debidamente indexados.

Pese a ello, se **MODIFICARÁ la sentencia** a fin de **DISPONER** que los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

Demandante: **DORA LEONOR PEÑA ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** la sentencia en el sentido de **DISPONER** que los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

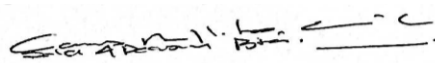
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2022-00292-01.
Demandante: **DORA LEONOR PEÑA ROJAS.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2022-00332 -01.

Demandante: **MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que adelanta **MARÍA ISAURA MILLÁN DE CORTES** contra el recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de cónyuge supérstite una pensión de sobrevivientes, a partir del 14 de agosto de 2018, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 25 de junio de 1957 inició su convivencia con el señor Luis Eduardo Cortés Forero; **2)** Contrajo matrimonio con el señor Cortés Forero el 05 de diciembre de 1964, con quien además procrearon cuatro hijos; **3)** Presentó queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia; **4)** Se dedicaba al hogar, razón por la que dependía económicamente del señor Cortés, así como era su beneficiaria en salud; **5)** El señor Cortés Forero el 06 de mayo

Demandante: **MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de 1998 solicitó pensión de vejez, la que se reconoció mediante Resolución 011967 de 1998; **6)** El 14 de agosto de 2018 falleció el señor Cortés Forero; **7)** Convivieron en la ciudad de Bogotá, empero, el señor Cortés falleció en Floridablanca; **8)** El señor Cortés fue diagnosticado con cáncer el 26 de julio de 2017 por la Clínica Foscal Internacional, motivo por el que solicitaron su traslado a la Nueva E.P.S. de Floridablanca- Santander, especialmente por las quimioterapias del causante, así como movieron su residencia a donde su hija, Luz Marina Cortés Millán, quien vivía en un municipio contiguo a la ciudad de Bucaramanga; **9)** Durante el tratamiento médico de su esposo siempre estuvo a su lado; **10)** Una vez acaecido el deceso del causante fijó nuevamente su domicilio en el barrio Primavera de Bogotá; **11)** El 17 de septiembre de 2018 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante, se negó mediante Resolución SUB 309957 del 28 de noviembre del mismo año; **12)** Interpuso los recursos de reposición y apelación, sin embargo, la decisión inicial se confirmó a través de las Resoluciones SUB 33840 y DIR 2179 del 07 y 29 de febrero de 2019, respectivamente; **13)** El 11 de octubre de 2019 solicitó nuevamente la prestación, señalándose por parte de la demandada que se debía radicar una nueva solicitud pensional; y **14)** La demandada contrató a Consintec Ltda para realizar la investigación de convivencia.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que no se encuentran acreditados los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, pues de la investigación administrativa realizada se evidenciaron contradicciones tanto de la demandante como de sus familiares.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante en calidad de conyugue sobreviviente del pensionado fallecido señor LUIS EDUARDO CORTES FORERO, la pensión de sobreviviente.

Demandante: **MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 21 de agosto de 2019, e igualmente, los intereses moratorios a partir del 22 de agosto de 2019.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales e intereses moratorios causados con anterioridad al 21 de agosto de 2019.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a partir de la fecha del disfrute efectivo de la pensión de sobreviviente, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada la demandante, o a la que voluntariamente seleccione.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de \$2.500.000.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no fue objeto de controversia que el causante era pensionado, y que falleció el 14 de agosto de 2018; que la norma aplicable es la vigente al deceso del causante, esto es, la Ley 797 de 2003; que conforme declaraciones extraprocesales – de las que no se solicitó ratificación- y testigos comparecientes a juicio, es posible establecer que la demandante y el señor Luis Eduardo Cortés Forero, convivieron desde que contrajeron nupcias, 05 de diciembre de 1964 hasta su fallecimiento, compartiendo techo, lecho y mesa; que aunado a lo anterior, obra solicitud del causante que en su calidad de pensionado solicitó incremento por conyugue dependiente, así como esta era su beneficiaria en salud; que en cuanto a la convivencia en el último año, es posible determinar que tanto la actora como el causante trasladaron su domicilio como pareja a raíz de los padecimientos de salud que empezó a presentar este, lo que incluso es coincidente con la investigación administrativa adelantada por la demandada; que lo anterior, no implicó ninguna pérdida de convivencia, pues en ningún momento se pretendió la ruptura de la relación y vida en común; que hay lugar a intereses moratorios, puesto que proceden de forma automática, son resarcitorios, y no se reconoció la prestación en el tiempo de dos meses; y que operó la excepción de prescripción, pues se dio respuesta a la reclamación administrativa el 07 de febrero de 2019, no obstante, no se demandó dentro de los tres años siguientes, sino que se hizo el 22 de agosto de 2022, por lo que se vieron afectadas por tal fenómeno las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2019.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que existen unas dudas patentes en cuanto la convivencia, especialmente, frente a sus extremos temporales, pues hubo unos comentarios “enclenques” en cuanto a la firmeza de dicha relación sentimental para que se pudiera concluir que era ininterrumpida y constante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante como consecuencia del fallecimiento de Luis Eduardo Cortés Forero?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Pensión de Sobrevivientes. Cónyuge Supérstite.

Al punto, se hace necesario precisar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ. Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Luis Eduardo Cortés Forero -14 de agosto de 2018- (fl. 22 del archivo 01), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, es necesario precisar que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 regula el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando no hay duda sobre la convivencia al momento de la muerte; y por su parte, el literal b) de la misma disposición prevé, el caso de la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, lo que implica que no hay cohabitación para la época del deceso.

En ese sentido, en cuanto a la convivencia, es necesario precisar que CSJ SL1730-2020 rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, lo que aplica cuando se está frente al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando no existe duda sobre la convivencia al momento de la muerte, por manera que, en tal caso, la cónyuge que pretenda la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado debe acreditar no solo tal condición, la de cónyuge, sino también la *“convivencia vigente para el momento de la muerte”* así como la conformación y pertenencia al núcleo familiar (CSJ SL1575-2023).

Sin embargo, cuando se está frente al presupuesto contenido en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, CSJ Rad. 40055 del 29 de

noviembre de 2011, Rad. 45818 del 15 de abril de 2015, y Rad. 45098 del 18 de mayo de 2016, ha aceptado ante tal controversia que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien si bien en este escenario no se le exige convivencia al momento de la muerte, debe acreditar cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante.

Pues bien, efectuadas las anteriores precisiones, en el caso de estudio, se encuentra que el señor Cortés Forero falleció ostentando el estatus de pensionado, pues le fue reconocida mediante la Resolución 011967 del 30 de septiembre de 1998 pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990 (fls. 19 y 20 del archivo 01), y que MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS alega la calidad de cónyuge supérstite, por lo que, de encontrarse acreditada tal calidad debe demostrar cinco años de convivencia en cualquier tiempo.

Al punto, se encuentra que según investigación administrativa adelantada por Consorcio Cosinte RM, se acreditó que la actora contrajo nupcias con el causante el 05 de diciembre de 1964, aspecto que no fue objeto de discusión (fls. 8 a 12 del archivo 06). Igualmente, obra declaración extraprocesal realizada por el causante en vida el 29 de mayo de 2012, en donde manifestó que incluso convivió con la actora desde el 25 de junio de 1957, que contrajeron nupcias el 05 de diciembre de 1964, y que por lo menos hasta la fecha de tal declaración habían convivido con la demandante, compartiendo techo, lecho y mesa (fls.45 y 46 del archivo 01).

En igual sentido, rindieron declaración extraprocesal, Merly Esperanza Hernández Zorro, Maritza Castro de Pérez, María Elisa Barrera de Prada, Carlos Octavio Cubillos Cifuentes, José Darío Echavarría, y Luz Mila Castro Galeano, quienes dieron cuenta de un convivencia entre la actora y el causante de por lo menos 32 años, compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el momento del fallecimiento de este; relación en la que procrearon cuatro hijos (fls. 47 a 57 del archivo 01)

En cuanto al valor probatorio de dichas declaraciones habrá de rememorarse que CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ SL1133-2019 y CSJ SL4145-2019, por mencionar algunas, ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite. Por ende, y como quiera que tal ratificación no se requirió por la accionada, pueden ser valoradas en el sentido aludido por la H. Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, a juicio comparecieron a rendir testimonio **Maritza Castro de Pérez, Luz Mila Castro Galeano, José Darío Echavarría,** a ratificar su declaración, así como **Joaquín Laureano Jácome Vega y Helen Yadira Galvis Galarza,** quienes dieron cuenta que el causante y la actora convivieron por más de 50 años, compartiendo techo, lecho y mesa, sin ningún tipo de separación; que dicha relación nacieron cuatro hijos; que la actora dependía económicamente del causante pues era ama de casa y estaba afiliada a salud como beneficiaria del él; que pareja estuvieron en Piedecuesta entre 2015-2017 porque su hija tenía un viaje a México, un seminario de medicina veterinaria y viajaron para hacerse cargo de sus nietos; que en dicho viaje al causante le detectaron un cáncer en la piel, y se quedó permanente en Piedecuesta, lugar donde falleció; y que luego trasladaron su cuerpo a Bogotá.

De igual manera, obra afiliación a salud del causante a la demandante como su beneficiarias en salud desde el 01 de agosto de 2008, tiquetes de viajes que realizaron como pareja el causante y la demandante en 2014 y 2015 a Cali, Bucaramanga, y San Andrés, así como fotos de 2013 a 2018 (fls.59 a 61 y 64 a 87 del archivo 01).

Del mismo modo, en la aludida investigación realizada por el Consorcio Cosinte-RM se determinó una convivencia de por lo menos 54 años, y la procreación por parte de la pareja de cuatro hijos. Asimismo, se entrevistó a diversas vecinas y familiares de la actora, tales como, Fabiola

Demandante: **MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Manrique, Irene Delgado, Eleodora Cortés Forero, Uber Iván Zarate Cortés, Esperanza Flórez Olaya, quienes también dieron cuenta de una convivencia por más de 15 años que vive en el lugar, que nunca presenciaron separaciones, y aclararon que cuando falleció el causante, la pareja no se encontraba en Bogotá (fls. 2 a 12 del archivo 06).

Por tanto, la Sala considera que MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS acreditó con suficiencia su convivencia con el señor Cortés Forero desde 05 de diciembre de 1964 hasta el fallecimiento de este, 14 de agosto de 2018.

Fecha de Reconocimiento. Prescripción.

En juicio está acreditado que el causante falleció el 14 de agosto de 2018, por lo que la prestación pensional se debió reconocer a partir de tal calenda; sin embargo y, en cuanto a la prescripción, ciertamente dicho fenómeno acaeció, tal y como lo advirtió el A Quo, dado que el señor Cortés Forero falleció el 14 de agosto de 2018; se reclamó el 17 de septiembre del mismo año; se dio respuesta negativa mediante Resolución SUB 309957 del 28 de noviembre de 2018; se interpusieron los recursos de reposición y de apelación; estos se definieron mediante las Resoluciones SUB 33840 y DIR 2178 del 07 y 22 de febrero de 2019; y no se demandó dentro de los tres años siguientes a la última calenda referida, puesto que, se presentó el libelo genitor hasta el 22 de agosto de 2022 (fls. 22 a 44 y 132 a 135 del archivo 01), por lo que ciertamente se encuentran afectados por el fenómeno extintivo las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2019.

En consecuencia y, dado que se impuso la condena desde el 21 de agosto de 2019, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se **MODIFICARÁN los numerales segundo** y tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que la pensión de sobrevivientes se deberá reconocer a partir del 22 de agosto de 2019, y que se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, frente a las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2019.

Intereses Moratorios.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo COLPENSIONES para negar el derecho pretendido, se fundaron en una presunta falta de convivencia durante los últimos cinco años de vida del causante; sin embargo, y como quedo visto, incluso de la propia investigación administrativa adelantada por la demandada se puede colegir la acreditación de dicho presupuesto, por lo que, a juicio de la Sala resulta razonable su reconocimiento.

Ahora, y en cuanto a la fecha de reconocimiento, se itera que, la solicitud prestación se elevó el 17 de septiembre de 2018, por lo que se entendería que los intereses moratorios correrían a partir del 17 de noviembre del mismo año; no obstante, se declaró la excepción de prescripción, ordenándose el reconocimiento pensional desde el 22 de

Demandante: **MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

agosto de 2019, por lo que, en tal escenario lo procedente es ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir de tal calenda, se hacen exigibles a partir de la causación de cada mesada, mes a mes, hasta que se haga efectivo su pago.

En consecuencia, de igual manera, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de establecer la condena por concepto de intereses moratorios en los términos aludidos, así como que se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2019.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que COLPENSIONES debe pagar a favor de MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTES la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de agosto de 2019, y que los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir de tal calenda, se hacen exigibles a partir de la causación de cada mesada, mes a mes, hasta que se haga efectivo su pago.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2022-00332 -01.

Demandante: **MARÍA ROSAURA MILLÁN DE CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

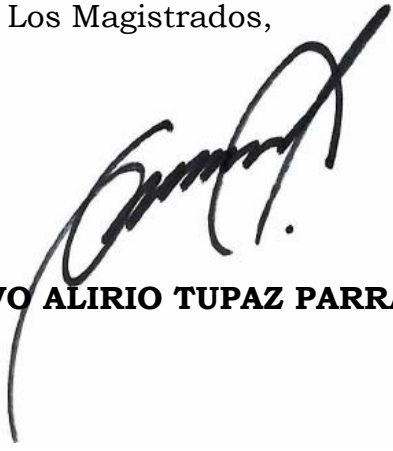
agosto de 2018, así como se declara tal excepción sobre los intereses moratorios de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2019.

TERCERO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

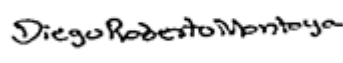
CUARTO. –. Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

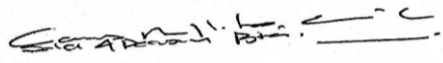
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00533-01.

Demandante: **JACQUELINE HERRERA SARMIENTO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 05 de mayo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE JACQUELINE HERRERA SARMIENTO** adelanta contra **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que este fondo y PROTECCIÓN S.A. trasladen los aportes a COLPENSIONES, y que esta acepte su vinculación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

Demandante: **JACQUELINE HERRERA SARMIENTO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

2. Respuesta a la Demanda.

COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES (archivos 08 a 10) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La primera también incoó la de compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. y por ende a PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de diciembre de 1995 al 31 de octubre de 2008, con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, con recursos propios.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de noviembre de 2008.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A, a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, con recursos propios.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir a JACQUELINE HERRERA SARMIENTO en el régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS S.A.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES dijo que se logró demostrar que sólo hay una intención económica de la demandante para retornar al régimen de prima

media y que recibió información suficiente para tomar una decisión de traslado; que se acreditó un traslado horizontal, además del desinterés de la demandante frente a su pensión; que no se puede alegar el desconocimiento de la Ley 100 de 1993; y que se debe mantener la absolución de costas, y no imponer en segunda instancia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores efectuados dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de mayo de 1986 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible a folios 101 a 105 del archivo 10; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 10 de noviembre de 1995 (fl.19 del archivo 08).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta

complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a COLFONDOS S.A., no es menos cierto que fue allegado pantallazo de consulta por parte de este fondo (fl. 19 del archivo 08), que dan cuenta del traslado efectuado por la actora el 10 de noviembre de 1995; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que COLFONDOS S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos

consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Herrera Sarmiento se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de noviembre de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que la demandante asegura que los asesores le señalaron que COLFONDOS S.A. tendrían mayor rentabilidad, mejor mesada, así como le señalaron el riesgo que el I.S.S. se iba a acabar, lo que podía generar la pérdida de sus aportes; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 02 de septiembre de 2008 (fls.21 del archivo 09), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A. de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al

principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, pues PROTECCIÓN S.A. si bien debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones y/o valores recibidos por concepto de la afiliación, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía debidamente indexados, también tiene que restituir los valores recibidos por concepto de **comisiones y bono pensional si se hubiere causado o si existiere**; valores que en su totalidad se deben devolver debidamente **indexados**.

En cuanto a la condena impuesta a COLFONDOS S.A., es acertada la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia, pues ciertamente por las mismas razones debe responder por concepto de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía debidamente indexados.

Pese a ello, se **MODIFICARÁ la sentencia** a fin de **DISPONER** que los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

Demandante: **JACQUELINE HERRERA SARMIENTO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que PROTECCIÓN S.A. si bien debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones y/o valores recibidos por concepto de la afiliación, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y porcentaje destinado a pensión de garantía debidamente indexados, también tiene que restituir los valores recibidos por concepto de **comisiones y bono pensional si se hubiere causado o si existiere**; valores que en su totalidad se deben devolver debidamente **indexados**.

Igualmente, se **DISPONE** que los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

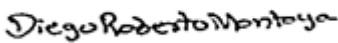
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

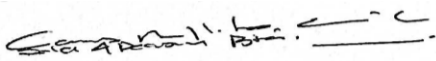
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00533-01.
Demandante: **JACQUELINE HERRERA SARMIENTO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00286-01.

Demandante: CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que adelanta **CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA** contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicitó se declare la ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. y como consecuencia de ello, se traslade la totalidad de los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00286-01.

Demandante: CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado y la entrega de información errónea para el momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES. (fls. 1 a 36 del archivo 7) se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Mediante auto del 06 de julio de 2022 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (archivo 10).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante a través del fondo administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante 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 con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; 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 la demandada.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. adujo que no le era exigible demostrar documento adicional al formulario de afiliación, debido a que este era el único exigible para el momento del traslado; que el pago de los gastos de administración, y primas de seguros previsionales fueron en beneficio del demandante; que dichos gastos generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual, y los seguros, tuvieron como fin el aseguramiento dada la previsión legal del rubro; que no se da aplicación a la normatividad de restituciones mutuas, en virtud de que se condena al traslado de todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, pero no se tiene en cuenta los gastos en que incurrió la AFP para mantener dichas sumas o incrementarlas; y que no es procedente la indexación de los valores, en la medida que se dispuso la devolución del capital con los rendimientos.

Por su parte, **COLPENSIONES** alegó que no se demostró la falta de información por parte de los asesores de PORVENIR; que el demandante no se encontraba inmerso en una prohibición legal al momento de su traslado, así como tampoco contaba con una expectativa legítima, para que fuera aplicada la carga de la prueba en cabeza de su representada; que el demandante pudo tener acceso a la normatividad que determina las características de cada régimen; y que, la declaratoria de nulidad del traslado y retorno a COLPENSIONES afectaría gravemente el equilibrio financiero y el presupuesto de la entidad, desconociendo así el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, los cuales fueron presentados por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00286-01.

Demandante: CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de los recursos y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a A.F.P. PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de junio de 1977 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 24 a 27 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. PORVENIR S.A. el 01 de abril de 2004 (fl.28 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte

acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Del caso en concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a PORVENIR S.A., no es menos cierto que en el certificado expedido por dicha AFP el 06 de julio de 2020 (fl. 23 a 34 archivo 01) se anotó la primera cotización en el régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el actor en el periodo abril de 2004, así mismo, tal administradora omitió presentar la contestación de la demanda, con lo que se entiende que acepta el traslado efectuado por el demandante en tal data; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Porvenir S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Por ello, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ojeda Cepeda se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de abril de 2004) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00286-01.

Demandante: CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente adujo que los asesores de PORVENIR S.A. le indicaron que se pensionaría a los 55 años con el valor del salario que tuviera en ese momento y que el I.S.S. hoy COLPENSIONES se acabaría; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Así, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo del fondo en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En ese sentido, es acertado que se hubiera establecido que PORVENIR S.A. debe devolver

los aportes efectuados junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional, s gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas debidamente indexados con cargo a sus propias y con cargo a sus propias utilidades. Por tanto, se CONFIRMARÁ tal condena.

En este punto, se esclarece respecto de del argumento presentado por la apelante referente al tema de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia que, CSJ SL4322-2022 ha explicado que *“por no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, es pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020”*. Lo dicho, también se encuentra de conformidad con CSJ SL2613 del 2022.

Pese a ello, se **DISPÓNDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos allí referidos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00286-01.

Demandante: CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia a fin de ADICIONAR que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos allí referidos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00286-01.

Demandante: CARLOS OBDULIO OJEDA CEPEDA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA** promovió contra **COLFONDOS S.A.** y la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A.; en consecuencia, traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. y** (fls. 1 a 64 del archivo 6 y 1 a 112 del archivo 7) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo ambas la de prescripción y COLFONDOS, adicionalmente, la de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor **PEDRO MARIA CAMACHO MEDINA**, identificado con C.C No. 19.366.309, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 06 de abril de 1999 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **PEDRO MARIA CAMACHO MEDINA**, identificado con C.C No. 19.366.309 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 27 de agosto de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **PEDRO MARIA CAMACHO MEDINA** identificado con C.C No. 19.366.309, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: se condena en costas a la demandada COLFONDOS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

2.4. Argumentos de la Recurrente.

La recurrente alegó que el demandante no puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, puesto que su traslado se realizó válidamente; que el traslado de régimen no se realizó en los términos dispuestos en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que el deber de información que recae sobre las AFP no exime a los afiliados de solicitar ampliación de información sobre su afiliación; y que, al tratarse de una afiliación de más de 20 años, se encontraría ratificada la voluntad del demandante de mantenerse en el R.A.I.S. conforme lo establece el artículo 1764 del Código Civil.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual fue utilizado por la parte demandante y la demandada Colpensiones, para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. COLFONDOS S.A. al R.A.I.S.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 27 de agosto de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 10 a 12 del archivo 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. COLFONDOS S.A. el 16 de abril de 1999 (fl.27 del archivo 02).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 27 del archivo 02, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 16 de abril de 1999 con A.F.P. COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Camacho Medina se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de abril de 1999) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al momento de realizar el traslado, el asesor de la A.F.P. COLFONDOS acudió a las instalaciones del empleador y le señaló que el fondo privado era una mejor opción dado que le darían rendimientos, que el fondo público se iba a acabar, y que, se necesitaban los mismos requisitos de edad y semanas de cotización para acceder al derecho pensional; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor CAMACHO MEDINA en el traslado que este realizó el 16 de abril de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

En ese sentido, también es acertada la decisión de requerir a COLFONDOS S.A. devolver los valores por concepto de aportes, rendimientos, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales y con destino a pensión de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Así mismo, es acertado que se hubiera dispuesto que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A., deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por tanto, sería del caso confirmar la decisión en su integridad, sino fuera porque la juez de primera instancia, se entiende por *lapsus calami*, tuvo como fecha de traslado inicial el 06 de abril de 1999, cuando lo cierto es que este acaeció el 16 del mismo mes y año, por lo que, se **MODIFICARÁ** el numeral primero de la sentencia, a fin de establecer tal data.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2021-00071-01.

Demandante: PEDRO MARÍA CAMACHO MEDINA

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que la fecha del formulario de afiliación del acto que se declara ineficaz con COLFONDOS S.A. tiene como fecha el 16 de abril de 1999, conforme la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

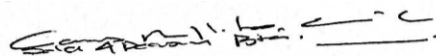
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.
Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL
Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala estudia el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL**, contra la providencia que profirió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2021, en proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante COOPETROL pretende que se declare que el contrato de trabajo suscrito con la demandada finalizó sin justa causa el 16 de octubre de 2014 y, en consecuencia, se reintegre el valor de \$46.715.292 pesos debidamente indexados, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones narró los siguientes hechos: que el 28 de julio de 2014 suscribió contrato de trabajo con la demandada, el cual culminó sin justa causa el 16 de octubre de ese mismo año, con el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones correspondientes a la fecha; sin embargo, la demandada presentó acción de tutela en su contra

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

ante el Consejo de Estado quien en sentencia de 5 de febrero de 2015 ordenó el reintegro de la accionante con consecuente pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que realizó tres pagos, uno por \$30.474.181 por salarios y prestaciones sociales, otro, por \$7.080.111 por aportes parafiscales y seguridad social, y un último por \$9.161.000.

Agregó que a pese a cumplir con el fallo, la demandada inició incidente de desacato 28 de septiembre de 2015, no obstante, fue negado por el Consejo de Estado el 12 de enero de 2016, mientras tanto, el 25 de febrero de ese mismo año, la Sección Cuarta de la misma corporación, al decidir el recurso de apelación contra el mencionado fallo, revocó la decisión inicial, negó el amparo y ordenó a la demandada para que, en el término de seis meses, inicie la acción ordinaria laboral.

Durante ese término, la demandada inició el proceso especial de acoso laboral ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, quien, en fallo de 9 de agosto de 2019, pese a declarar las pretensiones a su favor, la Sala Laboral de este Tribunal, en decisión del 17 de septiembre de 2019, revocó la sentencia de primera instancia absolviéndola de todas las pretensiones. Bajo esa línea, consideró que la demandada está obligada a reintegrar los dineros pagados erradamente en su favor, quien a la fecha y los requerimientos de solicitud de conciliación se ha negado a devolver (Archivo 02demanda.pdf).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Por su parte, una vez notificada Liceth Paola Lizcano Castillo, contestó a la demanda y aceptó los hechos referentes a que presentó acción de tutela tendiente a obtener el reintegro a su puesto de trabajo, la cual fue fallada a su favor en primera instancia y luego revocada en segunda instancia, así como la iniciación del trámite de acoso laboral ante la justicia ordinaria laboral el cual tuvo sentencia de primera instancia a su favor y luego fue revocada en segunda instancia, por último, manifestó que la única suma de dinero recibida por fue de \$30.474.181, bajo una orden judicial y en esa medida, no está obligada a reintegrarla. Propuso como excepciones de buena

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (Archivo 05contestaciondemanda.pdf).

2.3. Providencia Recurrida.

Se trata de la sentencia que profirió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2021, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de seis salarios mínimos mensuales legales vigentes

Para llegar a tal determinación, señaló que no fue motivo de discusión que entre las partes existió contrato de trabajo desde el 28 de julio al 16 de octubre de 2014, que presentó acción de tutela en su contra ante el Consejo de Estado quien en sentencia de 5 de febrero de 2015 ordenó el reintegro de la accionante con consecuente pago de salarios y prestaciones sociales, así como posteriormente fue revocada y que inició el especial de acoso laboral ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, quien pese a declarar las pretensiones a su favor, fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá el 17 de septiembre de 2019.

Por ende, al revisar el material probatorio, encontró que no puede entenderse el fallo de tutela como transitorio, por lo que al contabilizarse el término de prescripción desde la fecha de notificación del fallo de segunda instancia de la tutela del 25 de febrero de 2016 o con la data del auto que la excluyó de revisión del 29 de abril de 2016, constató que entre esas fechas y el acta de reparto de 4 de septiembre 2020, transcurrieron más de tres años y en consecuencia declaró probada la mencionada excepción.

Adicionalmente señaló que, en gracia de discusión, se evidencia que existe buena fe exenta de culpa de la demandada, pues en este caso, la demandada no tuvo la culpa en la demora judicial en la emisión de fallo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

segunda instancia dentro de la acción de tutela y el dinero lo recibió de buena fe.

2.4. Argumentos del recurso de apelación.

La empresa demandante manifestó no estar de acuerdo con el fallo, pues de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, las decisiones de tutela deben iniciarse dentro de los cuatro meses siguientes, por lo que serían transitorios, en ese sentido, se debía iniciar el proceso especial de acoso laboral para dirimir de fondo la controversia la cual fue decidida en el año de 2019 por el Tribunal y no, desde la sentencia de segunda instancia de la acción de tutela.

Agregó que no se está a una actuación de buena fe, pues el pago que se realiza a una persona debe estar amparado por un título, de lo contrario existiría enriquecimiento sin causa, en este caso hubo un error de la empresa al pagarle a la demandante unas sumas de dinero que después fueron revocadas en un fallo de tutela, por lo que se deben reintegrar.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 6 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 17 de julio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

¿Se puede predicar que los fallos de tutela son transitorios?, ¿Existe prescripción de la acción perpetrada por la demandante? y ¿los dineros recibidos por la demandada están amparados por el principio de buena fe exenta de culpa?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Sea lo primero indicar que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional¹, orientado a la defensa judicial de los derechos fundamentales, que resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad e incluso, en algunos eventos específicos, de los particulares. Su utilización es **excepcional** y su interposición solo es jurídicamente viable cuando, examinado todo el sistema de acciones judiciales para la protección de los derechos fundamentales, no se encuentre un medio ordinario eficaz para su protección y, por tanto, no haya mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación importante e irreversible de las garantías constitucionales.

Así mismo, al tener el **carácter residual**, implica que es el último mecanismo judicial que puede acudir el interesado o no dispone de ninguna otra vía para resguardar sus derechos fundamentales. Únicamente cuando el afectado no disponga de una forma efectiva de defensa puede recurrir al juez de tutela. En esa medida, *“la acción de tutela por regla general, es*

¹ Constitución Política de 1991. Artículo 86. “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

improcedente, salvo que el actor pruebe (i) que no existe otro medio de defensa judicial, o que existiendo no es efectivo, por una parte, o por otra, (ii) que existe un perjuicio irremediable”² sobre los derechos de los que reclama el amparo a través de su escrito de tutela. De este modo, “siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”³.

También se ha dicho que tiene la finalidad de evitar **perjuicio irremediable**, de tal forma, que la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para debatir el asunto, entre tanto se resguardan sus derechos fundamentales, sin que ello implique que el fallo de tutela no pueda cobrar ejecutoria por si solo, sino se hasta tanto se decida el proceso ordinario laboral como al parecer lo entiende la recurrente.

En efecto, por regla general, **la cosa juzgada** ha sido definida en el Código General del Proceso, y por la jurisprudencia como una institución que garantiza la seguridad jurídica y el respeto al derecho fundamental al debido proceso; de un lado, el artículo 303 del Código General del Proceso, establecen que *“la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencias C-774 de 2001⁴ y T-249 de 2016⁵, definió a la cosa juzgada material como una *“institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas”*. Igualmente, el fallo de tutela queda amparado por la figura de la cosa juzgada constitucional en los eventos en los que la Corte Constitucional decide excluir de revisión un fallo o, si el mismo es

² Sentencia T-061 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ Sentencia T-106 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

seleccionado, esta se configura cuando queda ejecutoriada la providencia que expida ese Tribunal⁶.

3.2. Caso concreto

A efecto de resolver los problemas jurídicos, la Sala deja en claro que no fue motivo de discusión en esta instancia que **i)** entre la empresa demandante y Liceth Paola Lizcano Castillo existió contrato de trabajo desde el 28 de julio al 16 de octubre de 2014, **ii)** que la hoy demandada presentó acción de tutela en contra de la empresa demandante ante el Consejo de Estado la cual fue decidida el 5 de febrero de 2015 y ordenó el reintegro de la accionante con consecuente pago de salarios y prestaciones sociales (fl. 38 Archivo 02demanda.pdf), **iii)** con ocasión a dicha orden, la demandante pagó a la hoy demandada \$30.474.181 por salarios y prestaciones sociales, \$7.080.111 por aportes parafiscales y seguridad social, y \$9.161.000 por concepto de impuestos (fl. 51 Ibid.), **iv)** que el 12 de enero de 2016 la Sección Segunda negó el incidente de desacato propuesto por la accionante (fl. 54 a 64 Ibid.), **v)** el 25 de febrero de 2016, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, decidió el recurso de apelación contra el mencionado fallo y revocó la decisión inicial, negó el amparo y ordenó a la demandada para que, en el término de seis meses, inicie la acción laboral (fl. 65 a 77 ibid.), **vi)** En ese término, es decir el 9 de agosto de 2016, la demandada inició el proceso especial de acoso laboral ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá quien, accedió a sus pretensiones en decisión del 9 de agosto de 2019 (fl. , **vii)** no obstante, la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, en sentencia del 17 de septiembre de 2019, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a la hoy demandante de las pretensiones en su contra (fl. 79 a 92 ibid.).

En este sentido, y al aplicar las nociones al caso de marras, se evidencia claramente que Liceth Paola Lizcano Castillo inició dos acciones: una, **de origen constitucional -acción de tutela-** que fue fallada el 5 de febrero de 2015 por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado con la consecuente orden de reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales a su favor, dejando en claro su carácter subsidiario y transitorio

⁶ Sentencia SU 027 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

cuando afirma que: “(...)la Sala encuentra que las conductas presentadas por la actora, valoradas en su integridad, permiten deducir que, en principio, constituyen acoso laboral, aspecto que finalmente debe definir la autoridad administrativa y judicial competente, sin embargo, se observa que se ha contravenido la ley al determinar la terminación del contrato laboral suscrito entre Coopetrol y la actora dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la queja por acoso laboral ante el Ministerio de Trabajo, hecho que amerita la intervención del juez de tutela”⁷ (Subrayado fuera del original).

Antes de que se emitiera fallo de segunda instancia, la accionante propuso incidente desacato ante la misma corporación, quien el auto del 12 de enero de 2016 negó su trámite al considerar que “(...) el pago a la demandante por concepto de salarios y prestaciones legales y extralegales por el periodo comprendido entre el 17 de octubre de 2014 y el 3 de mayo de 2015 le correspondía la suma de \$47.721.925 a la que se le aplicaron los descuentos obligatorios por salud, pensión, fondo de solidaridad pensional por valor de \$1.610.875, retención en la fuente por la suma de \$9.161.000, así como el descuento de los que se le pagó como indemnización por despido sin justa causa, esto es, la suma de \$6.919.965 y la devolución por retención en la fuente sobre la indemnización por valor de \$444.096, resultaba a su favor la suma de \$30.474.184, que se consignó en la cuenta (...) de la que titular la señora Lizcano Castillo y así se lo comunicó en la misma fecha. Con fundamento de lo anterior, las órdenes contenidas en las providencias de 5 de febrero y 2 de julio ambas de 2015, objeto de la presente solicitud de desacato, se cumplieron (...)”.

Posteriormente, la decisión de primera instancia fue revocada por la Sección Cuarta de esa misma corporación el 25 de febrero de 2016, al considerar que la actora contaba con otros mecanismos jurídicos y judiciales para hacer efectivos sus derechos y no probó la existencia de un perjuicio irremediable, por lo que habilitó a actora el término de seis meses para acudir a la justicia ordinaria laboral para instaurar las acciones derivadas del presunto acoso laboral de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 1010 de 2008, reiterando el carácter de transitorio del

⁷ Ver folio 49 archivo 02demanda.pdf

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

fallo cuando afirmó: *“Como se observa, la actora contaba con otro medio de defensa para cuestionar el despido o exigir la sanción por la conducta de acoso laboral ante los jueces laborales del circuito de Bogotá. (...) Además, la interesada no justificó la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela de manera transitoria, pues como se advierte, fue despedida sin justa causa, pero con indemnización, lo cual no constituye la vulneración de algún derecho fundamental. Finalmente, en razón a que el fallo de primera instancia, que será revocado, se accedió al amparo de los derechos fundamentales invocados y con el propósito de garantizar el acceso a la administración de justicia ante la jurisdicción laboral, para que la demandante pueda presentar las acciones derivadas del presunto acoso laboral, se habilitará el término de caducidad de 6 meses de que trata el art. 18 de la Ley 1010 de 2006”.*

Es así como la hoy demandada interpuso la segunda acción, **de carácter laboral por el presunto acoso laboral**, ante el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, quien luego de dar trámite correspondiente a esta, decidió acoger las pretensiones mediante fallo del 9 de agosto de 2019. No obstante, al estudiar el recurso de apelación interpuesto por la empresa, este Tribunal revocó la sentencia de primera y la absolvió de las pretensiones en su contra mediante decisión el 17 de septiembre de 2019.

Así las cosas, al ser la tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales con **carácter transitorio** cuya finalidad no es otra que evitar un **perjuicio irremediable** mientras se tramita el proceso previsto por la ley, como en efecto lo señaló en Consejo de Estado en cada una de las providencias ya mencionadas, considera esta Sala que le asiste la razón a la recurrente al indicar que el término de prescripción no se podría contar desde la emisión del fallo de tutela de segunda instancia, ni desde la Corte Constitucional la excluyó del estudio de revisión⁸, sino desde la fecha en la que este Tribunal puso fin a la controversia suscitada, que no es otra que el 17 de septiembre de 2019, fecha en la que se puso fin a la controversia

⁸ Consultar:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2029%20DE%20ABRIL%20DE%202016%20NOTIFICADO%20EL%2012%20DE%20MAYO%20DE%202016.pdf>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

suscitada por la actora frente a su reintegro por el presunto acoso laboral, y con ello, que no era merecedora de los salarios pagados y prestaciones legales por concepto del mencionado reintegro.

Nótese que la tutela al ser un mecanismo alternativo que suple el deber que tiene el interesado de cumplir con los procedimientos que han sido establecidos por la propia normatividad en procura de la satisfacción de los derechos que crea tener en su favor, no se puede convertir en un escenario de debate y decisión de diferentes temas que la ley ha previsto el procedimiento especial, como es en este caso el proceso de acoso laboral⁹, pues, de ser así, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional¹⁰

Por lo anterior, esta Sala reitera que la prescripción deberá empezar a contarse desde el 17 de septiembre de 2019, fecha de emisión del fallo de segunda instancia, hasta la fecha de la presentación de la demanda, la cual tuvo lugar por la empresa el 4 de septiembre de 2020 (Archivo 01actadereparto.pdf), por lo que entre una y otra no ha mediado el término de prescripción de los tres años de que trata el artículo 151 del C.P. y la S.S., por ende, se ordenará el reintegro de las sumas efectivamente recibidas por la demandada.

En este punto conviene precisar que, si bien pagó \$47.721.925 la pasiva solo recibió \$30.474.181, en la medida en que se practicaron los descuentos obligatorios por salud, pensión, fondo de solidaridad pensional por valor de \$1.610.875, retención en la fuente por la suma de \$9.161.000, así como el descuento de los que se le pagó como indemnización por despido sin justa causa, esto es, la suma de \$6.919.965 y la devolución por retención en la fuente sobre la indemnización por valor de \$444.096, tal como se

⁹ En sentencia T-030 de 2015, la Corte Constitucional indicó que: "La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria".

¹⁰ Ver sentencias T-237 de 2018 y C-590 de 2005.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.
Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL
Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

constata en certificación del 13 de octubre de 2015 (fl. 52 archivo 02demanda.pdf):



4. Que conforme a lo mencionado anteriormente, se determina un saldo a favor de la Sra. Liceth Paola Lizcano Castillo, por \$30.474.184, resumido de la siguiente forma:

Concepto	Valor
Salarios y Prestaciones Sociales Legales y Extralegales	47.721.925
(-) Descuentos Obligatorios Salud, Pension y FSP	1.610.875
(-) Descuento Obligatorio Retención en la Fuente	9.161.000
(-) Indemnización pagada Octubre de 2.014	6.919.965
(+) Retención en la Fuente por Indemnización Oct-2.014	444.096
Valor a favor de la Sra. Paola Lizcano	30.474.181

En consecuencia, el valor a reintegrar será la suma de \$23.554.216, pues si bien recibió \$30.474.181, lo cierto es que \$6.919.965 corresponde a su indemnización por despido sin justa causa y frente a los valores descontados, la empresa puede iniciar las acciones antes las entidades públicas respectivas para lograr su compensación o devolución, aclarando desde ya que la suma a devolver deberá ser indexada desde la fecha en la que fue recibida, esto es, desde el 13 de octubre del 2015, según confesión hecha por el representante legal de la demandante, hasta el 17 de septiembre de 2019 fecha en la que se puso fin al proceso especial de acoso laboral.

Por último, en lo que respecta a la excepción de buena fe, considera la Sala que no está llamada a prosperar, por cuanto si bien el artículo 83 de la Constitución Nacional dispone que *«las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas»*, (subrayado fuera del original), entendido como una exigencia de honestidad, confianza y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

particulares entre sí y ante estas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico¹¹.

También es cierto que cuando se revoca el fallo de tutela en el que se ha reconocido suma de dinero, el beneficiario carece de título jurídico que lo respalde y empresa pagadora queda facultada para iniciar las acciones conducentes con el fin de recuperar los dineros que hubiera pagado en virtud del fallo revocado, así advirtió la Corte Constitucional en sentencia T-536 de 2011:

En consecuencia, si bien en este caso no hubo temeridad, pues las acciones de tutela fueron instauradas en la buena fe de que era posible instaurar de nuevo una acción de tutela por los mismos hechos, la Corte Constitucional considera que el argumento empleado por los apoderados de los demandantes no es una justificación para promover dos o más acciones de tutela iguales, ante distintas autoridades judiciales de la República.

Por lo demás, en vista de que la tutela instaurada es improcedente, Ecopetrol S.A. podrá iniciar las acciones conducentes con el fin de recuperar los dineros que hubiera pagado en virtud de los fallos que ahora se revocan.

Aunado a lo anterior, esa falta de título a favor de la demandada deja en evidencia un enriquecimiento sin causa, entendida por la Corte Suprema de Justicia como otra fuente más de obligaciones que se orientó a corregir las situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto de derecho sufría mengua, mientras otro acrecía sus haberes en la misma medida, sin que existiera una razón que explicara esa alteración, caso en el cual se impuso al juez el deber de adoptar los correctivos necesarios en procura de que se restableciera la equidad, así lo dispuso en providencia CSJ SL3814-2020 reiterada en la CSJ SL1527-2021:

En efecto, para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, desde siempre se ha exigido la producción de un enriquecimiento, ventaja, beneficio o provecho acaecido por el aumento del patrimonio –lucrum emergens- o la ausencia de su disminución –damnum cessans-; un empobrecimiento correlativo; que la ganancia –o ausencia de mengua- carezca de una causa justa, y que el afectado no cuente con otros mecanismos para la satisfacción de su pretensión; o lo que es igual, “[l]a acción de in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-436-2012, MP Adriana María Guillén Arango.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen ésta, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede v. gr. con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo la del art. 1994 del C. C. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega ‘sin causa’, lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquellos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos, a que ya se aludió” (sent. cas. civ. de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, p. 435).

En el *sub judice* Liceth Paola Lizcano Castillo recibió de la Caja Cooperativa Petrolera – Coopetrol las sumas de dinero ya mencionadas en líneas anteriores, generando un enriquecimiento de primera a costa del empobrecimiento de la segunda sin que exista causa o título legal que autorice tal enriquecimiento en referencia.

Por lo expuesto, se REVOCARÁ la decisión de primera instancia y se condenará a la demandada a reintegrar los dineros recibidos, junto con el valor de las costas procesales que se calcularán por el *aquo* con cargo a la demandanda.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se adecuarán a lo ordenado en esta providencia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. –REVOCAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2021, y en su lugar, **CONDENAR** a Liceth Paola Lizcano Castillo, a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 005 2020 00287 01.

Demandante: CAJA COOPERATIVA PETROLERA - COOPETROL

Demandado: LICETH PAOLA LIZCANO CASTILLO

pagar a favor de la Caja Cooperativa Petrolera – Coopetrol la suma de \$23.554.216, debidamente indexada desde la fecha en la que fue recibida, esto es, desde el 13 de octubre del 2015 al 17 de septiembre de 2019, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se adecuarán a lo ordenado en esta providencia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

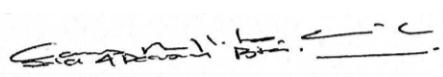
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que la **SOCIEDAD FE Y ALEGRÍA DE COLOMBIA**, la **COMUNIDAD SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED COMPAÑÍA DE JESÚS** y la **UNIÓN TEMPORAL COLEGIO SAN BARTOLOMÉ LA MERCED FE Y ALEGRÍA DE BOGOTÁ** interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 2023, en el proceso ordinario laboral que **PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO** adelanta contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de las demandadas que se declare la existencia del contrato de trabajo a término fijo en diferentes periodos, del 13 de abril al 18 de diciembre de 1998, del 14 de enero al 17 de diciembre de 1999, del 17 de enero al 15 de diciembre de 2000, del 29 de enero al 31 diciembre de 2001, del 30 de enero al 14 de diciembre de 2002, del 6 de febrero al 12 de diciembre de 2003, del 2 de febrero de al 7 de diciembre de 2004, del 18 de enero al 16 de diciembre de 2005, del 17 enero al 15 de diciembre de 2006, del 19 de enero al 7 de diciembre de 2007, del 16 de enero al 5 de diciembre de 2008, del 14 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

enero al 4 de diciembre de 2009, del 19 de enero al 10 de diciembre de 2010, del 19 de enero de al 7 de diciembre de 2012, del 16 de enero al 4 de diciembre de 2013, del 15 de enero al 5 de diciembre de 2014, del 14 de enero al 15 de diciembre de 2015, del 18 de enero al 18 de diciembre de 2016 y que se declare que el vínculo por causa imputable al empleador. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas al reintegro al cargo que venía desempeñando con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral, indexación y las costas procesales.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: fue contratada mediante contrato de trabajo a término fijo el 13 de abril de 1998 por varios periodos académicos, inicialmente como jardinera y luego como docente. El 10 de noviembre de 2016, la Unión Temporal Colegio San Bartolomé decidió no prorrogar su contrato, por lo que el 28 de febrero de 2017 acudió a la Defensoría del Pueblo con el fin de que interviniera en su caso, pues se desconoció el debido proceso. Posteriormente fue vinculada como docente y que al momento de la terminación definitiva de su contrato padecía *“distonía, mioclinica columna cervical, distonía idiopática no familiar, parálisis facial de bell, movimientos involuntarios cervicales”*, por lo que se encontraba en debilidad manifiesta y amparada bajo la estabilidad laboral reforzada (fl. 1 a 16 y 170 al 185 del archivo *01procesoescaneado.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas Sociedad Fe y Alegría de Colombia, Comunidad San Bartolomé de La Merced Compañía De Jesús y la Unión Temporal Colegio San Bartolomé La Merced Fe y Alegría de Bogotá, a través de su apoderado judicial, contestaron el escrito de demanda y aceptaron los extremos temporales de las múltiples vinculaciones laborales realizadas a la demandante mediante contrato de trabajo a término fijo, así como lo periodos laborados, el cargo desempeñado a los largo de sus contratos y los salarios devengados. Se opuso a las pretensiones al indicar que el contrato de trabajo terminó por vencimiento del plazo fijo pactado. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe, buena fe y prescripción (fl. 209 a 248 del archivo *01procesoescaneado.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el contrato de trabajo a término fijo que unió a la demandante, la señora PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO, con la UNION TEMPORAL COLEGIO SAN BARTOLOME LA MERCED FE Y ALEGRIA BOGOTA, formada por la COMUNIDAD SAN BARTOLOME DE LA MERCED COMPAÑÍA DE JESUS y por FE Y ALEGRIA DE COLOMBIA, finalizó el día 18 de diciembre de 2018, fecha en la que la demandante se encontraba amparada con estabilidad laboral reforzada en razón a su estado de salud.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz la terminación del contrato de trabajo de la que fue objeto la demandante por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR el reintegro de la trabajadora a un cargo igual o de mayor jerarquía que el que venía desempeñando al momento de su desvinculación definitiva.

CUARTO: CONDENAR a la UNION TEMPORAL COLEGIO SAN BARTOLOME LA MERCED FE Y ALEGRIA BOGOTA y de manera solidaria a quienes conforman dicha unión temporal, es decir a la COMUNIDAD SAN BARTOLOME DE LA MERCED COMPAÑÍA DE JESUS y FE y ALEGRIA DE COLOMBIA, a reconocer y pagar a la demandante los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones causados entre el 19 de diciembre del año 2016 y la fecha en que se haga efectivo el reintegro de la trabajadora al cargo que venía ejerciendo.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Las excepciones propuestas se declaran no probadas.

SEPTIMO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas en favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de **3 SMLMV**.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no fue motivo de discusión que la demandante laboró desde el del 13 de abril de 1998 al 18 de diciembre de 2018 mediante contrato de trabajo a término fijo, siendo su último cargo el de docente, por lo que se refirió inicialmente a que no se demostró el desempeño bajo en la ejecución del contrato en el año 2016, ni la empresa inició el procedimiento para su despido, por lo que pasó a analizar la terminación ocurrida en el mes de diciembre 2016 y, frente a ella, evocó los artículos 13 y 48 de la Constitución Nacional y varias sentencias de la Corte Constitucional, para señalar que si bien la terminación de contrato se dio por culminación del plazo fijo pactado, consideró que luego de analizar la historia clínica de la demandante, las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

incapacidades médicas y el interrogatorio de parte de las partes, constató que no se renovó su contrato precisamente por sus padecimientos de salud, por ende, era dable ordenar el reintegro junto con las demás condenas que de este se desprenden.

2.4. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, las demandadas a través de su apoderado, señalaron en su recurso de apelación que se debe revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, pues en sentir, el contrato suscrito con la demandante en el año de 2016 se pactó un preaviso de terminación del contrato de un mes, so pena de que ante su incumplimiento se prorrogue por otro término igual, bajo esa línea, no existió despido, sino la terminación legal del contrato por cumplimiento del plazo fijo pactado, por lo que no existiría protección por fuero de salud.

Agregó que no obstante lo anterior, la demandante no padeció deficiencia alguna para realizar su labor, laboró en el año de 2016 de forma completa con los estudiantes, que se corroboró con el interrogatorio de parte de la demandante y la prueba testimonial, además que no existió una disminución significativa de su pérdida de capacidad laboral, pues la historia laboral nada dice respecto de ese tema, no presentó incapacidades médicas y a la terminación del contrato no contaba con ninguna de ellas. Citó como apoyo la sentencia CC SU047-2017.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 4 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 25 de septiembre de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que solo fue utilizado por la parte demandada.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y se advierte que en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

Sea lo primero indicar que en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con una P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice que para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”*.

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”*.

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *“los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, es menester resaltar que CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2013 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

3.2. Caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, las cuales serán acogidas desde ya por esta Sala, en la medida en que resultan vinculantes por ser decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción, se constata que en el *sub judice* no fue motivo de discusión que **i)** Patricia Grajales fue contratada por las demandadas mediante contrato de trabajo a término fijo en los siguientes periodos: del 13 de abril al 18 de diciembre de 1998, del 14 de enero al 17 de diciembre de 1999, del 17 de enero al 15 de diciembre de 2000, del 29 de enero al 31 diciembre de 2001, **ii)** mediante contrato de trabajo a través de contrato por obra o labor contratada en los siguientes periodos: del 30 de enero al 14 de diciembre de 2002, del 6 de febrero al 12 de diciembre de 2003, del 2 de febrero de al 7 de diciembre de 2004, **iii)** mediante contrato especial de docente por los periodos del 18 de enero al 16 de diciembre de 2005, del 17 enero al 15 de diciembre de 2006, del 19 de enero al 7 de diciembre de 2007, del 16 de enero al 5 de diciembre de 2008, del 14 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

enero al 4 de diciembre de 2009, del 19 de enero al 10 de diciembre de 2010, del 19 de enero de al 7 de diciembre de 2012, del 16 de enero al 4 de diciembre de 2013, del 15 de enero al 5 de diciembre de 2014, del 14 de enero al 15 de diciembre de 2015, del 18 de enero al 18 de diciembre de 2016 (fl. 19 a 93 archivo 01 archivo *01procesoescaneado.pdf*) **iv)** que el 4 de noviembre de 2019 le fue notificado el preaviso de terminación de su contrato de trabajo (fl. 103 *ibid.*), **v)** que el 28 de febrero de 2017 presentó ante la Fundación Fe y Alegría solicitud de prórroga de contrato (fl. 104 *ibid.*) y **vi)** que el 22 de marzo de 2017, presentó ante la Defensoría del Pueblo solicitud de reconsideración para ser contratada nuevamente (fl. 104 *ibid.*), **vii)** que el cargo desempeñado por la demandante siempre fue el de docente.

Dicho esto, el principal argumento dado por las demandadas en su recurso está encaminado a que, en el caso particular de la demandante, la terminación del contrato se originó por causa legal, consistente en la terminación del contrato por culminación del plazo fijo pactado como docente y no un despido relacionado con su estado salud. Al respecto, la Sala procede a examinar las pruebas aportadas al expediente, pues no se debe olvidar, que como se indicó en líneas anteriores, si el despido de la accionante se motiva en una causa de terminación legal no se puede predicar el amparo al fuero especial de salud.

Así, el vínculo laboral con la demandante lo finalizó la Unión Temporal Colegio San Bartolomé el 4 de noviembre de 2016, mediante la entrega del preaviso a la actora en los siguientes términos (fl. 103 *ibid.*):

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.
Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.
Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

UNIÓN TEMPORAL COLEGIO SAN BARTOLOMÉ LA MERCED - FE Y ALEGRÍA-BOGOTÁ
NIT 900.924.770.3

Bogotá, Noviembre 4 de 2016

PIN:581

Señor@
GRAJALES CASTAÑO PATRICIA ELEN
JOSE MARIA VELAZ SUBA
Bogotá

Ref.: Preaviso terminación de contrato de "Profesores de Establecimientos particulares de enseñanza" Art. 101 y 102 SCT

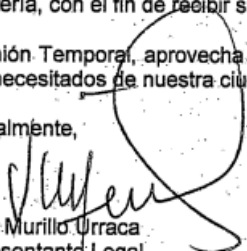
Respetada Señor@:

De conformidad con lo estipulado en el artículo 3 de la Ley 50 de 1990, La Unión Temporal, se permite de la manera más respetuosa, comunicarle su voluntad de no prorrogar el contrato de "Profesores de Establecimientos particulares de enseñanza" suscrito por las partes y en consecuencia este se dará por terminado una vez se cumpla el plazo señalado en el mismo, es decir el 12/18/2016 **

Una vez cumplido el término contractual, lo invitamos para que se acerque a las oficinas de Tesorería, con el fin de recibir su liquidación, con todos los emolumentos a que tuviese derecho.

La Unión Temporal, aprovecha la oportunidad para agradecer sus servicios a favor de los jóvenes más necesitados de nuestra ciudad y le desea éxitos en todas sus labores futuras.

Cordialmente,


Víctor Murillo Urraca
Representante Legal
Unión Temporal Colegio San Bartolomé
La Merced - Fe y Alegría - Bogotá

**Lease:mes/día/año

NOTIFICACIÓN PERSONAL: El trabajador abajo firmante, declara haber sido notificado en el día y la hora señalados a continuación.

Nombre: Patricia Grajales C.
C.C. No.: 511913437
Hora: 10:5 a.m.
Fecha: 10-11-16
Firma: Patricia Grajales C.

De entrada, evidencia la Sala que contrario a lo alegado por la demandante, el despido no se fundó por su condición médica de salud, pues del contenido del preaviso, claramente se identifica que el motivo de la ruptura del contrato se dio por la culminación del plazo fijo pactado en el contrato como docente del establecimiento educativo al que prestaba sus servicios.

En efecto, el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo - CST, establece una forma especial de contratación con los profesores de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

establecimientos particulares de enseñanza que se entiende celebrado por el año escolar, salvo las partes decidan acordarlo por un tiempo más largo. A su turno, la Corte Constitucional a examinar la exequibilidad de dicha norma, consideró que este tipo de contrato es válido legalmente, pues no lesiona derechos mínimos e irrenunciables de los docentes, salvo lo relacionado con que este tipo de contratos se podía pactar por un tiempo inferior al año escolar, cuyo aparte fue declarado inexecutable¹:

El artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una norma supletiva del acuerdo entre los contratantes en una relación laboral docente, ya que únicamente ante el silencio de las partes en el convenio el legislador concluye que el contrato de trabajo ha sido celebrado por término equivalente al del año escolar.

El mutuo consentimiento del establecimiento educativo por una parte y del profesor por la otra tiene la virtualidad de regir en ese aspecto las relaciones propias del vínculo laboral que se contrae, ya que las dos partes están disponiendo de aquello que a ambas interesa.

A falta de estipulación en contrario, rige la norma subsidiaria. Esta ha sido establecida por el legislador con el objeto de otorgar seguridad jurídica a la relación contractual, previendo la solución de eventuales controversias, dada la circunstancia de un contrato en el cual el término de duración no haya sido previsto de manera expresa.

Se trata indudablemente de una norma especial, que tiene aplicación cuando se está frente a la contratación de docentes para planteles de educación privada. No se aplica entonces la regla general contemplada en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 5°, en el sentido de que los contratos en los cuales no se haya previsto el término se entienden celebrados por término indefinido.

Hasta allí la norma enjuiciada no vulnera la Constitución Política, puesto que su consagración obedece al ejercicio de la función legislativa, en cuya virtud es posible establecer reglas generales y disposiciones especiales, según la evaluación que haga el legislador acerca de las conveniencias que reporta regular los fenómenos de la vida social en una u otra forma.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha coincidido en establecer que el artículo 101 del CST, desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, diferente a la regulada en el artículo 45 del mismo ordenamiento, en la medida en que dicho régimen se destina exclusivamente a aquellas personas con dedicación permanente como profesores de colegios o universidades, donde, por lo general, sus servicios no son requeridos durante todo el año calendario, de allí, que contemple una duración

¹ Sentencia C483-1995, MP José Gregorio Hernández Galindo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

contractual presunta, sin que requiera forma escrita, eso sí, salvaguardando la voluntad de las partes de acogerse expresamente a la misma, o que decidan celebrarlo por períodos mayores o a término indefinido (CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182 y CSJ SL17830-2016).

Permitiendo además que los docentes puedan percibir sus prestaciones sociales, salarios, indemnizaciones, acreencias legales y extralegales y aportes al sistema de seguridad social en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado con la institución educativa, así lo asentó la Corte en sentencia CSJ SL361-2018, reiterada en la CSJ SL2799-2020:

En el caso de los docentes vinculados a instituciones privadas de educación superior, estima la Sala que cuando presten sus servicios mediante contrato de trabajo por hora cátedra y su intensidad horaria sea inferior a la de un profesor de medio tiempo, no resulta razonable ni proporcional imponer la carga patrimonial al empleador de cotizar por el periodo calendario, siendo lógico que cubra las obligaciones frente a la seguridad social, por el tiempo de vigencia de la relación laboral, es decir, por el periodo efectivamente laborado y de acuerdo con la remuneración percibida, y sobre esas bases se deben cuantificar los aportes, o como en el sub examine, el cálculo actuarial.

Esto es así, porque en los eventos de profesores hora cátedra, vinculados con contrato de trabajo con una baja intensidad horaria, implica disponibilidad del docente para el ejercicio de otras actividades laborales al servicio de otros empleadores o de manera independiente.

Así las cosas, y de conformidad con todo lo expuesto en precedencia, les asiste la razón a las recurrentes al señalar que el fallador de primera instancia hizo una interpretación contraria a derecho de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues la presunción de discriminación allí consagrada ocurre cuando hay un despido contra un trabajador con discapacidad, y no cuando el contrato de trabajo termina por vencimiento del periodo académico pactado como docente, como en efecto ocurrió con Patricia Grajales, presupuesto (el despido) para que nazca el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Con lo cual para la Sala se haría innecesario el estudio de las pruebas aportadas al expediente, tales como la historia clínica de la demandante, las incapacidades otorgadas, así como los interrogatorios de parte, pues se insiste que en este caso no hubo despido, sino la terminación del contrato de trabajo operó por culminación del periodo académico pactado, acorde con el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.

Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.

Demandado: UT COLEGIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCED FE Y ALEGRÍA.

En consecuencia, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. REVOCAR en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Once Laboral de Bogotá el 10 de abril de 2023, en el proceso ordinario laboral que Patricia Helena Grajales Castaño adelanta contra que la Sociedad Fe y Alegría de Colombia, la Comunidad San Bartolomé de La Merced Compañía de Jesús y la Unión Temporal Colegio San Bartolomé La Merced Fe y Alegría de Bogotá, y en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

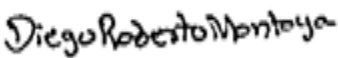
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

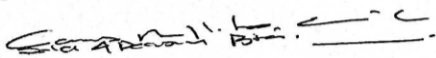
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00770 01.
Demandante: PATRICIA HELENA GRAJALES CASTAÑO.
Demandado: UT COLFACIO SAN BARTOLOMÉ DE LA MERCEDE DE Y ALEGRÍA.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala estudia el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el **CLUB DE ABOGADOS**, contra la providencia que profirió el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que **BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO** adelanta contra que la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

Blanca Inés Rodríguez Quintero pretende de la demandada el pago de los siguientes conceptos convencionales, desde 24 de octubre de 2016 hasta la fecha de la sentencia que ponga fin al proceso: auxilio extralegal de transporte, auxilio de educación, dotaciones de uniformes y calzado, prima extralegal de servicios, prima extralegal de vacaciones, bonificación y suministro de alimentación debidamente indexados, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones narró los siguientes hechos que al efecto se resumen así: el 1° de julio de 2014 suscribió contrato de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

trabajo a término indefinido con la demandada el cual sigue vigente para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina, con un salario básico de \$1.056.535; que se afilió al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Producción y Consumo de Alimentos, Bebidas y demás servicios que se presten en Clubes, Hoteles, Restaurantes y Similares de Colombia – HOCAR, cuya organización suscribió convención colectiva el 18 de abril de 2013 de la cual es beneficiaria.

Agregó que el 18 de enero de 2016 la demandada presentó denuncia de la convención colectiva por lo que el sindicato presentó pliego de peticiones el 2 de febrero de 2016 para dar inicio al conflicto colectivo que culminó con el laudo arbitral de 24 de octubre de 2016 en lo que no hubo modificación de los puntos solicitados por el club. No obstante, al solicitar los derechos que hoy reclama, la demandada se negó a reconocerlos, pues en su sentir fueron modificados con el laudo arbitral (fl. 1 a 12 Archivo 01demanda.pdf).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Por su parte, una vez notificada la demandada, contestó a la demanda y aceptó la modalidad contractual, la fecha de inicio, el cargo, el salario, la existencia del sindicato, la convención colectiva, la denuncia de esta, la iniciación de conflicto colectivo y el laudo arbitral. Agregó que los derechos convencionales solicitados en la demanda perdieron vigencia con la emisión del laudo arbitral. Propuso como excepciones de prescripción, pago, buena fe e inexistencia de la obligación (Archivo 07contestaciondemanda.pdf).

2.3. Providencia Recurrida.

Se trata de la sentencia que profirió el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2023, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y cumplimiento, y prescripción, propuestas por la demandada CLUB DE ABOGADOS, según las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CLUB DE ABOGADOS, a pagar a la demandante señora BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO identificada con la C.C. 39.801.197, por concepto de beneficios convencionales dejados de pagar desde el 24 de octubre de 2016 a la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

fecha, y hasta que se mantengan vigentes los siguientes valores y conceptos: a) \$3'169.605 por prima extralegal de servicios; b) \$3'193.605 por prima extralegal de vacaciones, c) \$342.390 por bonificación, d) indexación de esos valores mes a mes desde la fecha en que se dejaron de pagar y hasta cuando sean cubiertos en su totalidad por parte de la demandada.

TERCERO: ORDENAR a la demandada CLUB DE ABOGADOS que continúe reconociendo a partir de la fecha, el beneficio convencional de suministro de uniforme y calzado, y de alimentación, de conformidad con las consideraciones plasmadas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 80%. En firme esta sentencia, se dispone que por Secretaría se practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$1'000.000 M/Cte.

Para llegar a tal determinación, señaló que no fue motivo de discusión la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, el cargo desempeñado por la actora, el salario recibido, la existencia del sindicato, la vigencia convención colectiva, la calidad de beneficiaria de la convención colectiva, la denuncia de esta, la iniciación de conflicto colectivo, la culminación con laudo arbitral y la negativa de la demandada de reconocer los derechos solicitados al perder vigencia con la emisión del mencionado laudo.

Acto seguido, se remitió a los artículos 467, 469 y 478 del Código Sustantivo del Trabajo - CST, la sentencia CC 1050-2011 y concluyó que la actora tiene derecho a sus peticiones, pues si bien la convención la denunció la empresa, el sindicato presentó pliego de peticiones parcial únicamente en lo que respecta a la cláusula tercera – aumento de salarios, la quinta – auxilio extralegal de transporte, la décima cuarta – auxilio sindicato, la décima novena – endoso de incapacidades y la vigésima novena que indica la vigencia de la convención, los cuales no fueron objeto de pronunciamiento del tribunal de arbitramento, por lo que los derechos solicitados por la actora se encuentran vigentes al no sufrir ninguna modificación con el laudo.

2.4. Argumentos del recurso de apelación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

La demandada manifestó no estar de acuerdo con el fallo, pues en su sentir, no puede existir normas convencionales indefinidas las cuales fueron modificadas por el laudo, aunado a que la realidad económica de la empresa es muy crítica para soportar otras cargas adicionales.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 5 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 25 de septiembre de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandada para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es viable entender que los derechos convencionales solicitados por la demandante fueron modificados con la emisión del laudo arbitral que puso fin al conflicto colectivo?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la negociación colectiva.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

Sea lo primero indicar que el derecho de negociación colectiva se encuentra consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, que acoge los lineamientos trazados por los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, en cuanto les permite a las organizaciones sindicales cumplir la misión de representar y defender los intereses comunes de sus afiliados. A su turno el Convenio 154 de OIT, señala el alcance de la expresión *negociación colectiva*, contenida en el artículo 2 de la siguiente manera:

A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Dicho convenio hace parte de la legislación interna, a la luz de lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política: “(...) *Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*” el cual fue desarrollado con la Ley 524 de 1999 y estableció la *negociación colectiva*, como un concepto genérico, en el sentido, de aludir a todas las negociaciones que tengan lugar entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores (o trabajadores temporalmente unidos), con el propósito de determinar las condiciones de que van a regular las relaciones condiciones del contrato de trabajo suscrito entre empleadores y trabajadores.

Por su parte, el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo -CST regula la convención colectiva como una forma autocompositiva para dar fin al conflicto colectivo, que recoge los acuerdos de voluntades celebrado entre uno o varios sujetos sindicales y un empleador o asociación de empleadores, para regular las condiciones laborales que han de regir los contratos individuales de trabajo durante su vigencia, propendiendo por el mejoramiento de condiciones laborales, salariales y prestacionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

Adicionalmente, se pueden establecer otras formas de negociación colectivas de las antes mencionadas, las cuales gozan de eficacia y validez, siempre que se avengan a los derechos mínimos reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico constitucional y legal.

3.2. De la posibilidad de modificar los acuerdos convencionales

De tiempo atrás, la Corte Suprema tiene establecido que el único camino válido para introducir modificaciones a la convención colectiva, a la luz del principio de progresividad y de los artículos 4° del Convenio 98 de la OIT, aprobado por la Ley 27 de 1976 y 2° del Convenio 154 de la OIT, aprobado por la Ley 424 de 1999, es la concertación de una nueva convención o la revisión de la existente, pues con ello se garantiza su estabilidad en el marco de la relación obrero patronal, dotando de seguridad jurídica la ejecución de los contratos a los que se incorpora, a la luz del artículo 467 del CST, es así como en providencia CSJ SL3618-2021, indicó: *“si su propósito es el de disminuir las prerrogativas ya concedidas, solo podría acudir a la denuncia de la convención colectiva, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de que trata el artículo 480 del CST, esto es, que sobrevengan «imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica» que impidan el cumplimiento de lo pactado”*.

De otra parte, el artículo 452 del CST permite que conflictos colectivos del trabajo que no se hubiesen podido resolver mediante arreglo directo o por conciliación, deban ser sometidos al arbitramento obligatorio, facultando que los árbitros puedan instalar nuevos derechos o que superen los consagrados en esos instrumentos cuando la equidad y la justicia en las relaciones obrero-patronales así lo permitan (CSJ SL703-2017 y CSJ SL13026-2017).

En esa misma lógica, el laudo arbitral no puede ser inferior, igual o equivalente en beneficios que los pactos colectivos o planes de beneficios, pues ello de entrada desestimula la sindicalización y empequeñece la función constitucional de las organizaciones de trabajadores, así lo señaló la Corte en sentencia CSJ SL4348-2022: *“En efecto, la finalidad de las*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

asociaciones sindicales es la de fomentar mejores condiciones sociales y económicas para sus afiliados. Esta función atribuida a los sindicatos se frustra cuando estar afiliado a una organización de trabajadores significa una desmejora en la situación laboral -porque el convenio o laudo es inferior a los beneficios preexistentes en la empresa- o cuando es irrelevante -porque el convenio o laudo es idéntico o equivalente en beneficios al pacto o plan empresarial”.

3.3. Caso concreto.

Bajo tales parámetros y con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se debe indicar que no fue motivo de discusión en esta instancia que: **i)** el 1° de julio de 2014 Blanca Inés Rodríguez Quintero suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el Club de Abogados aún vigente, **ii)** para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina, **iii)** con un salario básico de \$1.056.535; **iv)** que se afilió al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Producción y Consumo de Alimentos, Bebidas y demás servicios que se presten en Clubes, Hoteles, Restaurantes y Similares de Colombia – HOCAR, **v)** cuya organización suscribió convención colectiva el 18 de abril de 2013 de la cual es beneficiaria, **vi)** que el 18 de enero de 2016 la demandada presentó denuncia de la convención colectiva **vii)** por lo que el sindicato presentó pliego de peticiones el 2 de febrero de 2016 para dar inicio al conflicto colectivo **viii)** que culminó con el laudo arbitral de 24 de octubre de 2016.

En ese orden, para la Sala no son de recibo los argumentos de la recurrente cuando afirma que solo el laudo arbitral del 24 octubre 2016 es el único vigente, quedando así derogadas las demás normas de la convención colectiva, pues es evidente que el pliego de peticiones del sindicato, se solicitó modificar las cláusulas tercera, quinta, décima cuarta, décima novena y vigésima novena contentivas de los derechos: aumento de salarios, auxilio extralegal de transporte, auxilio sindicato, endoso de incapacidades y vigencia de la convención, por lo que como bien lo indicó el *a quo*, las demás cláusulas no denunciadas por la organización permanecen incólumes, en especial las contentivas de los derechos demandados por la actora, como lo son: el auxilio de educación, dotaciones de uniformes y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

calzado, prima extralegal de servicios, prima extralegal de vacaciones, bonificación y suministro de alimentación; y si bien se denunció el auxilio extralegal de transporte tanto por la empresa como por el sindicato, lo cierto es que contrario a lo dicho por la recurrente, la modificación hecha por el Tribunal en el Laudo Arbitral no se hizo para derogarla, al contrario, se incrementó el valor en un 8% más, a partir del 16 de febrero de 2016, quedando en un auxilio de \$280.000 pesos anuales.

En segundo lugar, pretender el desconocimiento por parte de la demandada de las cláusulas vigentes de la convención colectiva y con ello la negativa a pagar los derechos convencionales que reclama la actora, no se compadece de lo señalado en precedencia por la Corte Suprema de justicia, en la medida en que, si bien los árbitros pueden fijar nuevos derechos a los consagrados en la convención, no es menos que les está vedado que en su laudo contenga prestaciones inferiores a las reclamadas, pues se estaría en contra de los principios de equidad y justicia en las relaciones laborales.

En tercer lugar, una vez perfeccionada la convención, los derechos en ella contenidos pasan a ser ley para las partes y de imperativo cumplimiento, por lo tanto, la única posibilidad viable para que se disminuyeran los beneficios allí consignados, como lo sugiere la demandada, era, precisamente, a través de la denuncia de la convención o, si se presentaba el supuesto de crisis económica, mediante la revisión de que trata el artículo 480 del CS.T. que en este caso particular no hizo el Club. De ahí, que los puntos alegados por la demandada y previstos en la Convención Colectiva de Trabajo, no podían modificarse a través del laudo arbitral, salvo, se itera, si el mismo tiene por finalidad incrementar los beneficios ya establecidos en aquélla.

Por último, el solo vencimiento del plazo de duración de la convención no conduce inexorablemente a que se extingan sus efectos jurídicos, en tanto que se presume su prórroga automática, conforme a los artículos 478 y 479 *ibid.*, por tanto, mientras no se demuestre, por parte de la pasiva, llamada a cumplir sus normativas, que ella fue sustituida por una nueva convención, o por un laudo arbitral, la convención mantiene su fuerza

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.

Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO

Demandado: CLUB DE ABOGADOS

vinculante, y con ella, el reconocimiento obligatorio de los derechos que fueron concedidos acertadamente por juzgado de instancia a favor de la actora.

Por lo expuesto, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que Blanca Inés Rodríguez Quintero adelanta contra el Club de Abogados, de acuerdo con lo motivado en esta providencia.

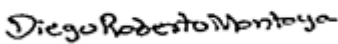
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

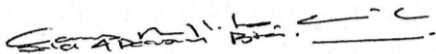
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2019 00238 01.
Demandante: BLANCA INÉS RODRÍGUEZ QUINTERO
Demandado: CLUB DE ABOGADOS


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **DELTA PI CONSTRUCCIONES SAS** interpuso contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral de Bogotá el 16 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que adelanta **ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO** contra la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de la demandada que se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 8 de enero de 2015 al 31 de julio de 2020; en consecuencia, se paguen sus prestaciones sociales, la indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los siguientes hechos: que fue contratada inicialmente el 8 de enero de 2015 con la empresa Coralianza, luego, sustituidas patronalmente por otras empresas hasta llegar a la demandada, para desempeñar el cargo de Analista de Gestión de Recursos Humanos, con un último salario de \$1.717.211. El 31 de julio de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

2020 se le dio por terminado en contrato de trabajo sin justa causa y se elaboró su liquidación final de prestaciones sociales por \$10.990.543 de pesos, los cuales en el empleador se comprometió a pagar en diez mensualidades de \$1.099.054 de los cuales solo cumplió con las cinco primeras, dejando insolutas las demás. No obstante, y una vez efectuados los requerimientos realizados por la actora, en el mes de octubre de 2021, la demandada abonó \$3.700.617 pesos, dejando de pagar el restante de las cuotas adeudadas (fl. 1 a 8 archivo *01demanda.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada, representada por curador *ad litem*, al contestar el escrito de demanda, indicó que ninguno de los hechos le consta y que no se acreditan los hechos y elementos jurídicos que respalden sus pretensiones. Propuso las excepciones de mala fe, cobro de lo no debido, temeridad, prescripción, y la genérica (archivo *15contestaciondemandacurador.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO. CONDENAR a DELTA PI SAS a reconocer y pagar a ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILO la suma de \$3.700.617 por concepto de saldo de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales.

SEGUNDO. CONDENAR DELTA PI SAS a reconocer y pagar a ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILO la suma de \$32.627.009 por indemnización moratoria comprendida entre el 01/01/2021 y el 31/07/2022; y a partir del 01/08/2022 y hasta el momento en que se efectúe el pago completo, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, calculados sobre el importe de las prestaciones sociales aquí ordenadas.

TERCERO. COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no fue motivo de discusión los extremos del contrato de trabajo a término indefinido, el cargo el último salario devengado y el motivo de retiro sin justa causa, tal como se verifica en las pruebas documentales como el contrato de trabajo, la liquidación final de prestaciones sociales y el convenio de pago del 4 de agosto de 2020. Por ello, y dado que la demandada no se opuso a ninguno

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

de los valores adeudados en la liquidación, la encontró ajustada a derecho, por ende, impartió condena por el saldo de esta, junto con el pago de la indemnización moratoria por cuanto no se efectuaron los pagos completos a favor de la demandante.

2.4. Del recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, el curador *ad litem* se mostró inconforme con la decisión frente a la condena por indemnización moratoria, pues en su sentir, no evidenció mala fe por parte de la demandada en la medida en que la pasiva se allanó a pagar las sumas adeudadas en cuotas mensuales que fueron aceptadas por la actora.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 4 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 25 de septiembre de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual no fue utilizado por las partes del proceso.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio de las materias propuestas por la demandada en su recurso.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver los siguientes:

¿Es dable considerar que la empresa demandada ha actuado de buena fe al pactar con la demandante un acuerdo de pago que se cumplió parcialmente?

Tesis

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la indemnización moratoria.

Los incisos primero y segundo del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo establece la indemnización moratoria aplicable cuando el empleador se ha ausenta del pago oportuno de salarios y prestaciones sociales cuando la relación laboral termina:

Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, sino por el contrario, pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente. De suerte que recae en cabeza de éste, la verificación de la conducta asumida en cada caso por el empleador a través de los medios probatorios específicos de la situación litigiosa, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe, por lo que cuando se habla de este tipo de indemnizaciones se configura una excepción a la presunción general de buena fe, dónde es el empleador quien debe acreditar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

la buena (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia CSJ SL-3345-2021).

Asimismo, para la alta corporación, el hecho de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, pagara algunos derechos laborales, no permite inferir, necesariamente, que actuó de buena fe, pues la circunstancia de que cumpliera en parte su obligación no explica ni justifica que, sin razón, se tardara más de 5 años en reconocer otros derechos laborales de la demandante, claramente causados al extinguirse el vínculo jurídico. Y ello es así, porque el pago incompleto no es en sí mismo una razón seria y atendible que exonere de la condena a la sanción por mora, así lo dispuso en sentencia CSJ SL, 18 jun. 2010, rad. 38278, reiterada entre otras en la CSJ SL3629-2021:

Es cierto que la iniciativa del empleador para efectuar el pago de algunos rubros es una cuestión que debió ser analizada al momento de determinar si en su obrar hubo o no buena fe, pues podría ser indicativa de que no existió el ánimo deliberado de incumplir sus obligaciones. Pero esa buena fe, en caso de entenderse que existió, se ve desvirtuada por el hecho de que el pago de los derechos pendientes se haya hecho mucho tiempo después, pretextándose para ello complicaciones administrativas que, como lo entendió el Tribunal y lo admite el propio impugnante, distan mucho de constituir motivos respetables que justifiquen la inexcusable tardanza en la que incurrió el demandado.

(...) La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe *"quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud"* (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

3.2. Caso concreto.

Aplicadas tales nociones al caso de marras, se evidencia que no fue motivo de discusión los siguientes hechos: declare la existencia del contrato de trabajo desde el 8 de enero de 2015 al 31 de julio de 2020; en consecuencia, se paguen sus prestaciones sociales, la indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los siguientes hechos: **i)** que fue contratada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

el 8 de enero de 2015 al 31 de julio de 2020, **ii)** en el cargo de analista contable, **iii)** que la terminación del contrato se produjo sin justa causa, **iv)** que su último salario fue la suma de \$1.717.211 pesos, **v)** que el monto final de su liquidación de prestaciones sociales fue \$10.990.543 de pesos, **vi)** los cuales se pagaron en varias cuotas mensuales quedando insoluto el monto de \$3.700.617 pesos.

De lo anterior, es fácil deducir para la Sala que, no obstante, se evidencia pago parcial de las acreencias laborales a favor de Anyi Chávez por parte la demandada, no es menos, que quedó un saldo insoluto a su favor equivalente a la suma \$3.700.617 pesos, por lo que siguiendo la línea jurisprudencial antes señalada, si la empresa convocada al pleito actuó con prontitud para reconocer oportunamente unos derechos, ha debido hacerlo de igual modo respecto de los demás que dejó gran tiempo insolutos, porque las obligaciones que surgen a la terminación del contrato de trabajo deben ser cumplidas de manera cabal e íntegra, sin que sea dable establecer diferencias respecto de ellas, en cuanto a la oportunidad de su pago. Y si existe alguna razón para hacerlo, debe ser una atendible, admisible, seria, que demuestre que hubo una actitud responsable del empleador, demostrativa de buena fe.

En este caso, como lo señala el *a quo*, la demandada no aportó prueba alguna que permitiera deducir su buena fe, siendo carga probatoria exclusiva y en ese sentido, no son atendibles lo dicho por el recurrente, pues si se aceptara sin objeciones sus argumentaciones, bastaría que los empleadores al terminar el contrato de trabajo cumplieran parcialmente sus obligaciones y mucho tiempo después las solucionaran definitivamente, argumentando cualquier razón para su dilación, para, a partir de ello, aducir que hubo buena fe de su parte.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 2022 00269 01.

Demandante: ANYI LORENA CHÁVEZ CARRILLO.

Demandado: DELTA PI CONTRUCCIONES SAS.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**,

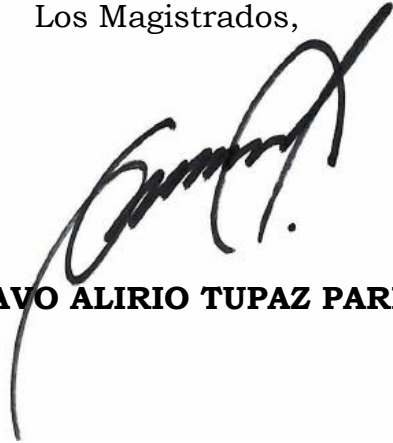
R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral de Bogotá el 16 de mayo de 2022, en el proceso ordinario laboral que adelanta Anyi Lorena Chávez Carrillo contra Delta PI Construcciones SAS, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

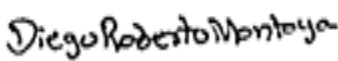
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

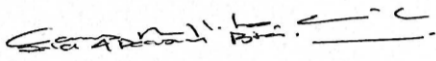
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00010-01.

Demandante: MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral de Bogotá el 15 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que la beneficiaria de la consulta adelanta contra **COLPENSIONES** y **LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de las demandadas que se condene a modificar la calificación de pérdida de capacidad laboral – PCL en un porcentaje superior al 39,9% debido a su grave estado de salud, así como el pago de las costas procesales.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los siguientes hechos: que fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca con una PCL del 39,9%, a pesar de que padece de una enfermedad que le imposibilita realizar cualquier tipo de empleo por lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00010-01.

Demandante: MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

que el porcentaje otorgado debería ser más alto (fl. 1 a 52 archivo *01demanda.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Colpensiones al contestar el escrito de demanda, indicó que ninguno de los hechos le consta y que la actora no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica (archivo *09contestacioncolpensiones.pdf*).

Por su parte, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca tampoco aceptó ningún hecho de la demanda y manifestó que si se quería modificar la PCL se debía acudir a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que quede ejecutoriado el dictamen, pero que, en todo caso, la demandante no reúne los requisitos para esos efectos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en causa y la genérica (archivo *08contestacionjunta.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y en contra de COLPENSIONES, por parte de la señora MARIA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción formulada por el extremo demandado que se denominó INEXISTENCIA DEL DERECHO Y COBORO DE LO NO DEBIDO.

TERCERO: Las costas en esta instancia estarán a cargo de la demandante, se señalan como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: Si no fuere apelada la presente decisión consúltese con el superior, por resultar adversa a los intereses de la demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no obstante haber obtenido PCL 39.9% mediante dictamen del 16 de noviembre 2020 por parte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00010-01.

Demandante: MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

de la Junta Regional de Calificación de Invalidez con fecha de estructuración 6 de octubre de 2020, lo cierto es que en el trámite procesal se ofició a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que emitiera un nuevo dictamen, pero no se pudo concretar por falta de interés de la demandante de cubrir los honorarios exigidos por esta, razón por la cual no existió prueba que pudiera contradecir el dictamen inicial.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 5 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 25 de septiembre de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual solo fue utilizado por Colpensiones para reafirmar su postura en el proceso.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio del grado jurisdiccional a favor de la demandante.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver los siguientes:

¿Es dable modificar la PCL de la demandante por un porcentaje superior al concedido inicialmente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De los dictámenes de PCL.

Sea lo primero indicar que los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 16 y 19 de la Ley 1562 de 2012 respectivamente, establecen que las juntas de calificación de invalidez “*son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica*”, cuyo objetivo es el de calificar la invalidez en las oportunidades que se requiera para el reconocimiento de una prestación.

A su turno la Corte Constitucional en sentencia C1002-2004, afirmó que “*el dictamen de las juntas de calificación es la pieza necesaria para la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión, propiamente dicho*”. Sin embargo, en la misma providencia la Corte Constitucional aclaró que si bien a través de los mencionados dictámenes se certifica la incapacidad laboral, estos “*no tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada*”, dado que ello solo ocurre con el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado que “*implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final -la sentencia-, llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal*”.

Por lo que “*la negativa parcial o total de la pensión de invalidez es, en esencia, un conflicto jurídico y como tal, su conocimiento está atribuido por la Constitución Política y por la propia ley laboral al juez del trabajo (artículo 2° del CPL). La jurisdicción, como facultad del Estado para dirimir los conflictos, corresponde a los órganos judiciales y no puede ser transferido a los particulares, como son las Juntas en cuestión, dado que ellos no administran justicia*”.

Por su parte la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia ha establecido que los dictámenes que profirieran las juntas de calificación de invalidez regionales o nacional pueden controvertirse ante los jueces del trabajo, quienes tienen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00010-01.

Demandante: MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por aquellas (CSJ SL 29622, 19 oct. 2006 y CSJ SL5280-2018).

3.2. Del deber probatorio y caso concreto.

Pero no basta con que la demandante manifieste que se encuentra inconforme con la PCL asignada por la Junta Regional de Invalidez para que el *a quo* decida automáticamente acoger las pretensiones, no; pues bajo los postulados del artículo 167 del Código General del Proceso “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, obligan a la parte actora a probar su dicho a fin de obtener sentencia favorable.

Sin embargo, tal situación no se evidenció en el trámite procesal, pues como bien lo arguyó la juzgadora de primera instancia, a pesar de que la actora aportó el dictamen de PCL emitido por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 27 de noviembre de 2020, sobre el cual pretendía su modificación superior al 39,9% (ver folio 770 archivo 01demanda.pdf), lo cierto es que no allegó prueba alguna que permitiera acceder a sus pretensiones, ante lo cual, el juzgado de instancia, valiéndose de su poder oficioso decidió decretar como prueba la valoración de la demandante, pero esta vez por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez tendiente a determinar el grado pérdida de capacidad laboral de actora, otorgándole el término de 10 días para que realice las gestiones correspondientes (audiencia de 5 de mayo de 2022, récord Min. 6:23).

Ante lo cual, y luego de varios requerimientos realizados por la Junta Nacional de calificación de invalidez, la demandante no se allanó a cumplir con el pago de las expensas necesarias para realizar la valoración, por lo que la *a quo* decidió declarar precluida la oportunidad para practicar el dictamen, clausurar el debate probatorio y emitir sentencia con las pruebas que se encontraban en el expediente (audiencia de 19 de mayo de 2023, récord Min. 1:19)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00010-01.

Demandante: MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

Así las cosas, considera esta Sala que ante la inexistencia de prueba alguna que permita controvertir el dictamen del 27 de noviembre de 2020 emitido por Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no queda otro camino que CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia consultada, debiendo agregar que el actuar oficioso para decretar pruebas por parte del juzgado de instancia se acompasa con el artículo 54 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiocho Laboral de Bogotá el 15 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que María Trinidad Umaña Algarra adelanta contra Colpensiones y la Junta Regional De Calificación De Invalidez De Bogotá Y Cundinamarca, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

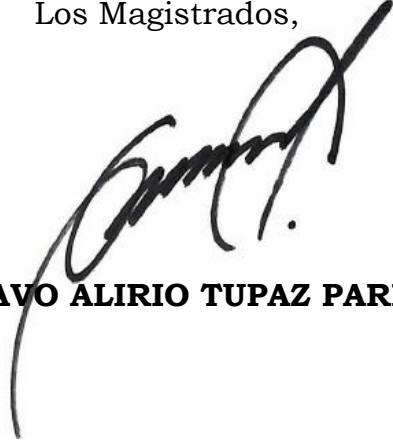
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00010-01.

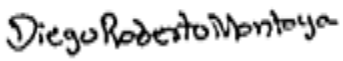
Demandante: MARÍA TRINIDAD UMAÑA ALGARRA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.

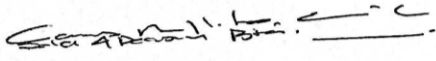
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2019 00782 01.

Demandante: ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.

Demandado: AVIANCA SA y CAXDAC

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA** interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2023, en el proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA SA** y la **CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE ACDAC -CAXDAC**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de Avianca SA que se pague el mayor valor de la pensión, producto de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento que resulten probados en el proceso, y que no fueron tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional que hizo CAXDAC; sumas que se reconocerán hacia futuro, e incluyendo la mesada adicional de diciembre, retroactivo y haciendo los reajustes anuales de ley.

En subsidio, pidió actualizar, reportar y pagar con destino a CAXDAC el cálculo actuarial o el valor diferencial, que corresponde al concepto o

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2019 00782 01.

Demandante: ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.

Demandado: AVIANCA SA y CAXDAC

factor salarial de viáticos por alojamiento, causados en el último año de servicios, anterior al reconocimiento pensional, en los montos que fueron calculados en el dictamen o los valores que resulten probados en el proceso, y con base en ello, se condene a CAXDAC a reliquidar la pensión desde el reconocimiento pensional hasta que actualice la mesada pensional.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: fue contratado mediante contrato de trabajo por Avianca SA el 9 de marzo de 1970 hasta el 20 de diciembre de 2014 en el cargo de piloto aviador; su salario se componía de los factores descritos en la cláusula 91 de la Convención Colectiva, incluyendo los viáticos que se pagaban mensualmente de acuerdo con el itinerario de los viajes; que el 2 de diciembre de 2002 fue pensionado por CAXDAC con una mesada pensional de \$6.180.000 pesos de acuerdo con el límite máximo del art. 18 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, no podía limitarse, en atención a que el actor hacía parte del régimen de transición de los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994 y el art. 1° del Decreto 1302 de 1994, por lo que debía incluirse el concepto de viáticos en su salario para que su mesada pensional fuera más alta.

Agregó que, con posterioridad a recibir su pensión, siguió laborando con Avianca hasta su retiro definitivo el 20 de diciembre de 2014, por lo que el 11 de diciembre de 2018 reclamó de su última empleadora lo percibido por viáticos durante su vida laboral, cuya respuestas de 5 de febrero y 2 de abril de 2019 fueron incompletas, pero con las que se demuestran que percibió los viáticos y que, finalmente agotó reclamación administrativa ante CAXDAC el 17 de septiembre de 2019 (fl. 1 a 40 del archivo *01demanda.pdf*).

Una vez admitida la demanda y estando dentro del término legal el actor reformó la demanda para incluir en ella, que las pruebas en poder de las demandadas sean aportadas al expediente (ver archivo *05reformademanda.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Avianca SA, a través de su apoderado, contestó a la demanda, aceptó la modalidad contractual, el cargo y los extremos laborales con el actor, la calidad de pensionado, el monto de la mesada y las peticiones elevadas, así como las respuestas entregadas. En cuanto a las pretensiones se opuso a ellas, adujo que el actor siempre cotizó sobre la base salarial más alta permitida por la ley y que su pensión se encuentra dentro de los topes legales más altos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, pago, pensión reconocida con tope legal, naturaleza de los beneficios convencionales, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (archivo *04contestacionavianca.pdf*). Frente a la reforma de la demanda no se pronunció.

Por su parte CAXDAC, aceptó la calidad de pensionado, el monto de la pensión percibida por el actor y la reclamación por este efectuada. Se opuso a las pretensiones e indicó que el demandante fue pensionado con el tope más alto ordenado por la ley. Planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, prescripción, sostenibilidad económica del sistema y la genérica (archivo *03contestacioncaxdac.pdf*). En lo atiente se remitió nuevamente al contenido de su contestación de demanda (archivo *07contestacionreformacaxdac.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y pensión reconocida con el tope legal aplicable a las pensiones de jubilación reconocidas por administradoras de prima media con prestación definida como lo es Caxdac formuladas por **AVIANCA S.A.**, al igual que las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y principio de legalidad en aplicación del artículo 2 del Decreto 314 de 1994 en armonía con el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 a favor de Caxdac formuladas por ésta última, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a las demandadas **AVIANCA S.A.** y **CAXDAC** de todas y cada una de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante **ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2019 00782 01.

Demandante: ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.

Demandado: AVIANCA SA y CAXDAC

TERCERO. CONDENAR en costas al demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv a favor de cada una de las demandantes (sic).

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente decisión queda notificada en estrados.

Para arribar a su decisión, señaló que no fue motivo de discusión los extremos de la relación laboral vivida entre el demandante y Avianca SA, así como el cargo, la calidad de pensionado y que percibió los viáticos según la programación hecha por el empleador. Acto seguido, se remitió a los artículos 127 y 130 del Código Sustantivo de Trabajo – CST y a la cláusula la cláusula 91 de la Convención Colectiva 2001-2002 para aseverar que, si bien el demandante percibió los viáticos y que los mismos hacen parte del salario, lo cierto es que no existe plena prueba para determinar si el actor se alojó en los hoteles, además que de acuerdo con el art. 3 del Decreto 1282 de 1994 y no obstante el actor pertenece a ese régimen de transición de ese decreto, el art. 18 de la Ley 100 de 1993 dispone de un límite de las cotizaciones al sistema de pensiones de 20 SMMLV, por ello, concluyó que no le asiste el derecho al actor, como quiera que ese límite impide cotizar y percibir una pensión superior a la establecida legalmente.

En gracia de discusión, reforzó su decisión afirmando que el dictamen pericial no es plena prueba para tener por sentado que el actor percibió los valores de los viáticos, pues no están discriminados en debida forma aunado a que la discusión sobre la inclusión de los factores salariales se encuentra afectada por la prescripción trienal del derecho laboral.

2.4. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, el demandante, señaló en su recurso de apelación que no operó la prescripción de los factores salariales para reliquidar su pensión, precisamente porque se trata de un derecho pensional imprescriptible. Añadió que el dictamen pericial tiene la certeza

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2019 00782 01.

Demandante: ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.

Demandado: AVIANCA SA y CAXDAC

para ser tenido en cuenta, pues discriminó los factores salariales como ordena el CST, y que al encontrarse inmerso en el régimen de transición del Decreto 1282 de 1994 no le era dable aplicar el límite máximo de cotizaciones dispuesto por la Ley 100 de 1993.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 4 de agosto de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 25 de septiembre de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las partes para respaldar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que el demandante pueda percibir una pensión por encima de los topes legalmente establecidos, en consideración al régimen de transición del Decreto 1282 de 1994?, en caso de ser positiva la conclusión, se analizará lo concerniente a los viáticos como factor constitutivo de salario para reliquidar la pensión de vejez del actor y si operó la prescripción.

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. Del régimen de transacción del Decreto 1282 de 1994.

Sea lo primero indicar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido el criterio pacífico que en tratándose de las pensiones de los aviadores civiles existen tres tipos de categorías, dentro de las cuales hace parte el régimen de transición a quienes el legislador protegió las expectativas legítimas de este colectivo, al punto de resguardar tres puntuales aspectos del Decreto 1282 de 1994: la edad, el tiempo de servicios o número de semanas y monto de la pensión o tasa de reemplazo, delegando todo lo demás a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, así lo estableció en sentencias CSJ SL706-2013, reiterada, entre otras, en CSJ SL11382-2014, CSJ SL5309-2018 Y CSJ SL1051-2022:

1. La primera, según la cual, el sistema general de pensiones se aplica a los aviadores civiles que se vinculen a partir del 1° de abril de 1994, quienes por tal razón, conforme a las reglas de la Ley 100 de 1993, podrán optar por el régimen de prima de media con prestación definida o por el de ahorro individual con solidaridad. (arts. 1° y 8°).

2. La segunda categoría agrupa a los aviadores civiles amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 3° del citado decreto, que al 1° de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos: tener 40 o más años de edad si son hombres, o 35 o más de edad si son mujeres y haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más. En esas circunstancias, según lo dispuesto en el artículo 4° *ibidem*, los beneficios del régimen se concretan en que tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos del Decreto 60 de 1973, esto es, a cualquier edad cuando hayan cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac, en cuyo caso el monto de la pensión será equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

3. La última categoría, consagrada en el artículo 6° *ibidem* propia del régimen pensional especial transitorio, agrupa a los aviadores civiles que por no tener acreditados 10 años de servicios al 1° de abril de 1994, no son beneficiarios del régimen de transición, a quienes se les aplicará el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez que se establecen en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Para ellos, el beneficio especial de carácter transicional consiste en que la edad para acceder a la pensión de vejez será de 55 años, que se reducirá, a razón de un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras 1.000 semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

3.2. Del tope máximo de cotización.

También ha sido pacífica la postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que respecto del tope pensional se regula por la normativa vigente cuando se estructuró el derecho, así lo estableció en las sentencias CSJ SL, 11 mar. 2009, rad. 31588, SL, 24 ene. 2012, rad. 40944, CSJ SL10625-2014, CSJ SL19453-2017 y CSJ SL5043-2020, reiterada en CSJ SL4166-2021, en la que definió:

“Ahora, en punto de la norma que se debe aplicar a cada hipótesis, la Corte señaló que los topes pensionales deberán tener en cuenta el precepto vigente al momento de la causación de la prestación.

De donde, para las que se originan en vigencia:

i) Del artículo 2° de la Ley 4ª de 1976, que, se resalta, es aplicable a las prestaciones de «jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales», no podían ser superiores a 22 veces el salario mínimo legal mensual vigente.

ii) Del artículo 2° de Ley 71 de 1988, esto es, entre el 19 de diciembre de 1988 y el 17 de mayo de 1992, estarían limitadas a «[...] quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales».

iii) De la Ley 4ª de 1992 y antes de la Ley 100 de 1993, serían de máximo veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes, en razón a que el parágrafo del artículo 35 de la última Ley, inaplicó el tope previsto en el artículo 2° de la Ley 71 de 1988, por lo que resaltó la Corte en las providencias citadas, «en sana lógica [ordenó] acoger el límite máximo de los 20 salarios mínimos legales» del parágrafo 3° del artículo 18, ibidem.

iv) De la Ley 100 de 1993 y antes del 29 de enero de 2003, no podían ser superiores a veinte (20) salarios mínimos legales vigentes, según el parágrafo 3° del artículo 18, ibidem, en armonía con el artículo 2° del Decreto 314 de 1994.

iv) De la Ley 797 de 2003, cuyos efectos iniciaron el 29 de enero de 2003, con tope de hasta veinticinco (25) salarios mínimos mensuales vigentes, como lo previó su artículo 5°.”

3.3. Caso concreto.

Así, con el fin de resolver el primer problema jurídico, se constata en esta instancia que: **i)** Alberto Romano Caputo de la Rosa fue contratado por Avianca SA mediante contrato de trabajo por el periodo del 9 de marzo de 1970 hasta el 20 de diciembre de 2014 **ii)** en el cargo de piloto aviador, **iii)** que percibió su salario de acuerdo con los factores descritos en la cláusula 91 de la Convención Colectiva, incluyendo los viáticos que eran cubiertos mensualmente de acuerdo con el itinerario de los viajes; **iv)** que como

trabajador de Avianca SA cotizó sobre la base salarial más alta por cada periodo laborado, **v)** que perteneció al régimen de transición del Decreto 1282 de 1992, **vi)** por lo que el 2 de diciembre de 2002 la Caja de Auxilios y de Prestaciones de ACDAC -CAXDAC, le concedió la pensión de vejez aplicando con una mesada pensional inicial de \$6.180.000 pesos que equivale al límite máximo establecido para las pensiones.

De lo anterior, es claro que no le asiste la razón al recurrente en sus argumentos, pues como se dijo en líneas precedentes, el actor, al pertenecer al régimen de transición del artículo 3 del Decreto 1282 de 1992, esto es al contar con más de 40 años de edad al 1º de abril de 1994 y haber cotizado o prestado servicios por más de 10 años, accedió a la pensión de vejez al cumplir los 20 años de servicios continuos con Avianca SA quien está obligada a efectuar aportes a Caxdac, con una prestación equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, por lo que se estaría acorde con las reglas jurisprudenciales anotadas, esto es, la edad, el tiempo de servicios o número de semanas y monto de la pensión o tasa de reemplazo serán de la norma anterior.

Ahora, respecto al monto de la pensión se constata que para le época en la que el demandante reunió todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, esto es, el 2 de diciembre de 2002, regía el límite máximo de 20 salarios mínimos mensuales legales a que aludía el Decreto 314 de 1994, que reglamentó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, por ende, el monto máximo de la pensión de vejez, no podía exceder los \$6.180.000 pesos, equivalente a 20 veces el salario mínimo del año 2002 que se ubicaba en \$309.000 pesos, ni tampoco CAXDAC estaba autorizado recibir alguna cotización que superara el salario máximo asegurable.

Por ende, concluye la Sala que jurídicamente no resulta viable efectuar el reajuste la pensión de vejez reconocida al actor con fundamento en los viáticos por alojamiento percibidos por el demandante durante su vida laboral, pues como quedó probado, durante esos periodos cotizó sobre el tope más alto de cotización pensional, y la pensión se otorgó sobre ese base máxima legal, por lo que se haría innecesario establecer si los viáticos hacen parte o no del salario para reliquidar la pensión, o si el dictamen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2019 00782 01.

Demandante: ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.

Demandado: AVIANCA SA y CAXDAC

pericial aportado por la parte actora se halla debidamente discriminado, o si el derecho a solicitar tal declaratoria se encuentra prescrito o no, si en últimas, cualquier ejercicio que se quiera emprender sobre el particular no podría alterar la pensión reconocida al actor como lo pretende en la demanda, pues se insiste, la misma está ubicada en el tope máximo legal.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2023, en el proceso ordinario laboral que Alberto Romano Caputo De La Rosa interpuso contra Aerovías Del Continente Americano S.A. - AVIANCA SA y la Caja de Auxilios y de Prestaciones de Acdac – CAXDAC, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

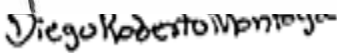
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 032 2019 00782 01.
Demandante: ALBERTO ROMANO CAPUTO DE LA ROSA.
Demandado: AVIANCA SA y CAXDAC

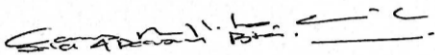
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2020-00268-01.

Demandante: MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de diciembre de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ** contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2020-00268-01.

Demandante: MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** (fls. 1 a 58 del archivo 13, y 1 a 142 del archivo 14), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado que hizo la señora **MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado administrado por la A.F.P PORVENIR S.A.S.

Señalando como consecuencia de tal declaración. Que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES

SEGUNDO. CONDENAR a la **AFP PORVENIR S. A.**, donde se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO. CONDENAR EN COSTAS, de la acción a las partes demandadas. tácense.

2.4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES manifestó que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, ya que, COLPENSIONES es un tercero entre la demandante y PORVENIR S.A: que con la declaración de ineficacia no se puede favorecer o perjudicar a COLPENSIONES, puesto que este no tuvo nada que ver con la decisión tomada por la actora al momento del traslado; que con la decisión se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema general de pensiones; que siguiendo las voces del artículo 2° de la ley 797 de 2003, la demandante se encuentra imposibilitada legalmente para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2020-00268-01.

Demandante: MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

trasladarse, dado que esta próxima a cumplir el requisito edad para acceder a una pensión de vejez.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1 De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2020-00268-01.

Demandante: MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 17 de noviembre de 1980 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 13; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 01 de julio de 2003 (fl. 55 del archivo 14).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen

adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 55 del archivo 14, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de julio de 2003 con el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora LONDOÑO HERNANDEZ se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de julio de 2003) no era

obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que, únicamente indicó que los asesores de PORVENIR S.A. le manifestaron que el I.S.S. se iba a acabar y que la única opción para los afiliados era trasladarse a un fondo privado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo

de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de PORVENIR S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes pensionales, rendimientos, comisiones y gastos de administración, también debe pagar los rubros por concepto de **bono pensional si se hubiere causado o si existiere, seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración,

pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de aportes pensionales, rendimientos, comisiones y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional si se hubiere causado o si existiere, seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2020-00268-01.

Demandante: MARIA TERESA LONDOÑO HERNANDEZ.

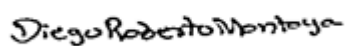
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

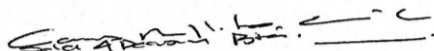
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR