República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –JOSE ISRAEL PULIDO PARRA - CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **JOSE ISRAEL PULIDO PARRA,** se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional del 14 % por persona a cargo –Alba María Cepeda de Pulido-, se indexen las sumas a cancelar por este concepto, se condene bajo las facultades ultra u extra petita y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 4 a 5 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que mediante Resolución GNR 3230528 del 19 de junio de 2014 se le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de julio de 2014 atendiendo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición pero sin realizarle el incremento pensional, que contrajo matrimonio con la señora Alba Cepeda el 9 de diciembre de 1972 y que conviven de manera ininterrumpida bajo el mismo

techo y compartiendo el mismo lecho y quien depende económicamente de esa pensión y que si bien solicitó para el 24 de agosto de 2017 lo correspondiente, la entidad demandada negó lo solicitado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 2, 5, 7 y 8, no ser cierto el numeral 6 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción de los incrementos y sus intereses, inaplicabilidad del decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fls. 34 a 50).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, **condenó** a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el incremento pensional de vejez del 14% por cónyuge, sobre doce mesadas por pensión mínima a partir del 1 de julio de 2014, mientras subsistan las causas que dieron origen debidamente indexadas mes a mes hasta el pago de lo debido, **declaró parcialmente probada** la excepción de prescripción a partir del 31 de agosto de 2015 hacia atrás y **condenó** en costas a la parte demandada. (CD -fl. 68).

Como argumento de su decisión, el *a quo* indicó que continuaba con la línea interpretativa que tenía la CSJ con relación a los incrementos pensionales por personas a cargo, trayendo adicionalmente la normatividad que rige en torno al tema que no es otra que la contenida en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en la que acotó que la dependencia económica de la cónyuge con el actor se acreditó en debida forma conforme al acervo probatorio que fue allegado al plenario pues esta no percibe ningún emolumento salarial, pensional o algún tipo de renta, asimismo, se acreditó la convivencia entre la pareja de esposos, por lo que condenó a COLPENSIONES al incremento pensional, debidamente indexado y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que los incrementos pensionales habían sido derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993 y así lo precisó la Corte Constitucional mediante la sentencia SU 140 de 2019, en caso contrario y en atención a lo establecido por la CSJ se declare prescrito el reconocimiento por incremento pensional que no son imprescriptibles.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JOSE ISRAEL PULIDO PARRA, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 230528 de 19 de junio de 2014 (fl. 18 a 22 y CD- fl.51), mediante la cual COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de $616.000 a partir del 1° de julio de 2014.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

> *"Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."*

(…)

"Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993."

(…)

"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.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir."

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar,** la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

"7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, "a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria"

(…)

"9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones".

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*"… 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional…"*

"Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo."

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento,** lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

"Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

> *"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"* (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador:** pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y *"para interpretar las leyes"*, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

*"**ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de julio de 2014** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el demandante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida por la Juez 06 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de septiembre de 2019.

COSTAS:

En aplicación del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante, por haber resultado vencida en juicio.

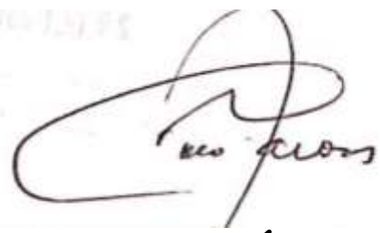
EN MERITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de septiembre de 2019 y en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

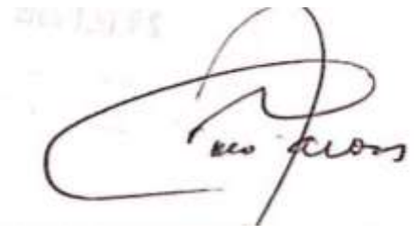


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JOSE ISRAEL PULIDO PARRA, en la suma de $300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERTHA INIS ROJAS contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **BERTHA INIS ROJAS,** se **declare** y se **condene** a la ineficacia y/o nulidad de la afiliación a la AFP PRTECCIÓN S.A. al no haber sido debidamente informada sobre los regímenes pensionales y eventuales condiciones pensionales, así como suministrar información necesaria que se debe dar en la información contractual y las condiciones económicas, jurídicas, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes, por lo que en consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES, a que verifique y reciba a satisfacción los aportes efectuados al RAIS, sin que PROTECCIÓN deduzca costos administrativos o fondo de solidaridad y se **ordene** a PROTECCIÓN a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, se **condene** en costas y agencias en derecho a la

demandada y se **condene** en uso de las facultades ultra y extra petita (fls.3 a 4 y 183 a 184).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3 y 182 a 183), señaló, en síntesis, que nació el 11 de septiembre de 1959, que actualmente tiene 58 años, que se afilió al ISS el 16 de febrero de 1981, que PROTECCIÓN le hizo firmar un formulario el 10 de septiembre de 1998, sin ilustrarle sobre los regímenes pensionales, beneficios y desventajas de afiliarse al RAIS y RPMPD, así como tampoco le realizó una proyección con relación al monto pensional, por lo que incumplió con el deber de información sin informarle adicionalmente la posibilidad que tenía de retractarse de la decisión que tomaría, por el contrario le informó que en cualquier edad podía pensionarse y con una mesada pensional superior a la que obtendría en el RPMPD, así como la de obtener mejores beneficios sin explicarle lo correspondiente a las diferentes modalidades pensionales existentes en el RAIS, ni la imposibilidad de poder retornar al RPMPD cuando le faltaran menos de 10 años, por lo que tampoco le advirtió que le cobrarían una comisión de administración de sus recursos.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 95 a 105), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1 a 4, parcialmente cierto el numeral 5 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada e innominada o genérica.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** contestó el introductorio (fls. 123 a 150), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 1 a 2 y no aceptó los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación,

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de septiembre de 2019 (CD – fl. 342), **declaró** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante el 8 de septiembre de 1998 mediante formulario No. 9885694 a PROTECCIÓN, **ordenó** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora BERTHA INIS ROJAS dineros que deben incluir rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada a la demandante desde su afiliación inicial al RRPM, **declaró no probadas** las excepciones propuestas por Colpensiones y PROTECCIÓN y **condenó** en costas a la demandadas.

Como **fundamentó su decisión,** trajo a colación lo contenido en la Ley 100 de 1993 junto con la modificación de la Ley 797 de 2003 con relación a la escogencia de régimen, por lo que, ante la afirmación realizada de no haber recibido información, así como la proyección de la mesada pensional, así como los aspectos positivos y negativos, por lo que trajo a colación la jurisprudencia de la CSJ referente a este tema, así como el decreto que siempre ha establecido el deber de información que deben cumplir las administradoras desde el año 1994 y lo contenido en el CC, en el que debían cumplir con el deber de información, consejo y deber de asesoría y reasesoría, sin que fuera necesario ser beneficiario del régimen de transición, por lo que si bien en principio cuando el afiliado no era beneficiario de dicha prerrogativa debía probar lo solicitado, pero en la que acotó que la postura cambió, correspondiéndole actualmente a la administradora demostrar que en efecto cumplió con el deber de informar en los términos reseñados, por lo que previa reseña del acervo probatorio allegado al infolio, no hubo convicción de que PROTECCIÓN hubiese cumplido con el deber de información al momento en que se efectuó el traslado de la demandante, si bien acepta en interrogatorio de parte el representante legal no haber una prueba diferente al formulario de traslado, así como tampoco allegaron la prueba de información de los asesores en temas de seguridad social en pensiones, en el que agrego con relación a la reasesoría realizada en el año 2006, lo cierto era que a la conclusión a la

que se llegaba era la misma y en el que le indicaron que lo que más le convenía era permanecer en el RAIS a través de PROTECCIÓN, con la condición de hacer mayores aportes tal y como lo indicó el representante legal en interrogatorio, por lo que con esta se consumó y violó aún más lo que le correspondía a la demandante, por lo que no debió el asesor indicarle que le convenía más el RAIS bajo esa condición, sin que sea admisible que se haya cumplido con el deber de informar a través del formulario, procediendo a declarar la ineficacia de la afiliación y declarando no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que la afiliación cumplió con la disposición legal para realizarse para la época de los traslados, por lo que solo bastaba con la manifestación realizada por escrito y con el formulario se cumplía con dicha disposición, por lo que solo el deber de información nació en el año 2014 y con relación a la carga que se le imponía a los fondos con una disposición que no debía cumplir para la época en que se efectuaron los traslados, agregó no estár de acuerdo con relación a la inversión a la carga de la prueba, esto con la afirmación indefinida con relación a esa falta de información, sin que se probara lo correspondiente a la mala fe de las administradoras, aunado al hecho que no obra prueba con relación al vicio del consentimiento y la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que al realizarse la reasesoría se le indicó de manera clara que la mesada pensional era menor, no obstante la demandante decidió permanecer en el RAIS y esta decisión afecta la estabilidad del sistema pensiona, asimismo, solicitó la absolución de costas, teniendo en cuenta que no participó en el acto de afiliación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de PROTECCIÓN S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros,

frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, por lo que resulta equivocado en los términos expuestos por la demandada recurrente, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ni mucho menos que se invierta la carga de la prueba en los casos en los que se alega nulidad y deba probar el extremo pasivo que no existieron los vicios referidos, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia como lo hizo el *a quo* , ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *"(..) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)"* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *"prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"* tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, tal y como lo refiere de manera equivocada el recurrente COLPENSIONES.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora BERTHA INIS ROJAS el 08 de septiembre de 1998 (fls. 151), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fls. 159 a 167), efectuando cotizaciones en éste régimen desde octubre de 1998 a la fecha (fls.159 a 167). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de febrero de 1981 al 30 de septiembre de 1998 (fls. 110 a 111).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. obrante a folio 151 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa

legítima conforme a los términos de disenso expuestos por el apelante, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de haber recibido la demandante una reasesoría para 06 de septiembre de 2006 (fls. 153 a 155), de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento o que en ese momento pudo haberse trasladado nuevamente al RPMPD, por lo que debe precisarse, lo que se reprocha en estos asuntos, es la falta de asesoría al momento en que se realiza el traslado de régimen, pues es desde el instante de la firma del formulario en que se da el traslado, para el caso en particular, desde septiembre de 1998, el traslado ya era ineficaz, esto es, no produjo efectos jurídicos pues la AFP , incumplió con el deber de información que debió realizar previo a realizar el traslado (CSJ sentencia SL 1688 de 2019).

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia

implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Por lo que precisado lo anterior, se modificará la sentencia apelada en tanto el *juez de instancia* con relación a PROTECCIÓN, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros enunciados en precedencia.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de COLPENSIONES y que fue otros de los puntos de disenso en el presente asunto, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, COLPENSIONES fue vencida en juicio, al haber sido condenada a recibir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante así como la de activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, en el que hay que precisar tal y como lo consideró el Juez de instancia que si bien no tuvo participación alguna en el acto de traslado inicial de un régimen a otro realizado por la demandante, lo cierto es que se opuso a la prosperidad

de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acertada la condena aquí impuesta.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo COLPENSIONES de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo aquí considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 5 de septiembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

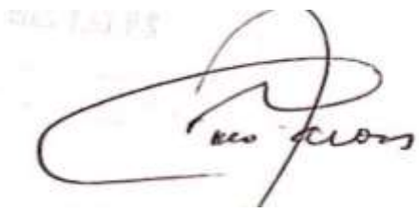


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –MARIA PIEDAD GALEANO RIAÑO - contra – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARIA PIEDAD GALEANO RIAÑO,** se **declare** la nulidad de la vinculación al RAIS efectuada por la AFP PORVENIR S.A. para el 01 de noviembre de 2000 por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento, que se **declare** que el demandante nunca ha efectuado un traslado valido al RAIS y que la entidad donde se encuentra afiliada es COLPENSIONES y que se **declare** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo preceptuado por la Ley 797 de 2003. Como consecuencia, se **condene** a la AFP PORVENIR a registrar en el sistema que no hubo ninguna afiliación válida ante la indebida información, se **condene** a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación y actualizar las cotizaciones efectuadas en el RAIS, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a partir del 1 de abril de 2018 cuando cumplió la totalidad de los requisitos, se **condene** bajo al uso de las

facultades ultra y extra petita, se **condene** al pago de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se **condene** a las costas y agencias en derecho (fls. 4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló en síntesis, que nació el 19 de noviembre de 1960 y cumplió los 57 años el 19 de noviembre de 2017, que laboró en el Ministerio de Salud y el Ministerio de Hacienda tal y como se extrae de la historia laboral de PORVENIR, en líneas áreas de Cali, Almadeco y Almagrario tal y como lo soporta la historia laboral de COLPENSIONES y que dichos tiempos fueron cotizados tanto al ISS como a Cajanal, agregó que el traslado de régimen se presentó para noviembre de 2000 cuando ya contaba con más de mil semanas , sin informarle las implicaciones de traslado de régimen, así como las características propias del régimen de capitalización, ni las desventajas de régimen ni comparativos pensionales, sin sugerirle que debía quedarse en el RPMPD y enseñarle sus ventajas, acotó que durante su permanencia en el RAIS no recibió una asesoría profesional completa y comprensible con relación al régimen pensional, por lo que ante previa consulta de lo que más le convenía solicitó la nulidad a PORVENIR de la afiliación y solicitó la respectiva activación de la misma ante COLPENSIONES junto con la solicitud de reconocimiento pensional, sin que se accediera a lo solicitado. Finalizó indicando que a la fecha cuanta con un total de 1900 semanas y acredita 57 años de edad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.111 a 116), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 a 2, 4 a 6, 8 a 9, 23, 27 a 28, no corresponder a un hecho el numeral 7, no ser cierto el numeral 9 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 126 a 131), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 2 a 3, 8 a 9, 13, 17, 22, 24 a 25, ser

parcialmente cierto el numeral 16, no constarles los numerales 4 a 7, 21, 23, 27 a 28 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de agosto de 2019 (CD – fl. 152), **declaró** la ineficacia de la afiliación de la demandante del RPMPD al RAIS ocurrido el 22 de septiembre de 2000 del ISS a la AFP PORVENIR S.A., **condenó** a COLPENSIONES admitir nuevamente a la demandante como afiliada, **condenó** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses atendiendo lo contenido en el artículo 1746 del CC, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y los dineros que se hubiesen descontado por los seguros provisionales de invalidez y muerte, **condenó** a COLPENSIONES, aceptar todos los valores que devuelva la AFP PORVENIR que reposan en la cuenta de ahorro individual y a efectuar los respectivos ajustes en la historia pensional, **declaró** que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2018, en cuantía de $8.079.186 junto con la mesada adicional y reajustes de orden legal, que para el 2019 ascendía a la suma de $8.336.104 autorizando los descuentos al sistema de seguridad social en salud, **absolvió** a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra y **declaró no probada** la excepción de **prescripción** propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a la parte demandada PORVENIR S.A.

Como **fundamentó su decisión,** indicó que en la Ley 100 se encontraba contemplado la decisión libre y voluntaria que debe tener una persona al momento de la selección de régimen pensional y del cual debía estar

debidamente informado, trayendo a colación las diferentes pronunciamientos que han girado en torno al tema, por lo que el deber de información no se daba por satisfecho con lo consignado en los formularios de afiliación ya que debe estar comparado con la realidad y que la carga de la prueba recaía en las administradoras, por lo que conforme a lo manifestado en el interrogatorio de parte de la demandante con relación a la falta del deber de información y que ratificaron los testigos, sin que la demandada haya probado la situación de orden fáctico a su cargo ya que lo único que aportó fue lo correspondiente al formulario de afiliación, en el que si bien había hecho un ahorro de pensiones voluntarios, lo cierto era que la demandante le dio una destinación diferente, más exactamente lo retiró para entregarla como cuota inicial de un apartamento, en el que adicionalmente solo le explicaron en el acto de afiliación las ventajas, sin que esto solo sea aplicable a las personas beneficiarias del régimen de transición, pues la demandante no era beneficiaria de dicha prerrogativa y condenó a PORVENIR a retornar todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual sin deducción alguna de dinero.

Con relación a la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez, trajo a colación la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, indicó que se cumplía con los requisitos mínimos requeridos contaba con con más de 1900 semanas así como con la edad, precisando que el reconocimiento a partir del retiro a nómina conforme a la última cotización que registraba en marzo de 2018, por lo que la reconoció a partir del 1 de abril de 2018, efectuó la liquidación del IBL, indicando que le era más favorable de los últimos 10 años, fijando lo correspondiente a la mesada y sin que se accediera a los intereses moratorio, toda vez que debía que definirse lo primero con relación a la ineficacia del traslado.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de los numerales quinto y sexto que ordenaron el reconocimiento de la pensión de vejez, al no encontrarse los mismos en el régimen de ahorro individual.

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial, esto es, con relación a los gastos de administración, toda vez que viola el principio de congruencia, consonancia y debido proceso, pero los mismos no fueron solicitados en la demanda ni se probó nada con relación a los mismos, que también eran descontados en el RPM, por lo que ante los rendimientos obtenidos se ve beneficiada del RAIS, por lo que debió determinarse cuanto en realidad debía trasladarse al RPMPD, agregó que a la demandante se le había puesto en conocimiento los descuentos realizados por concepto de gastos así como de los seguros, sin que nada haya puesto a consideración a la entidad con relación a los mismos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Horizonte hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual, en caso afirmativo, deberá determinarse si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARIA PIEDAD GALEANO RIAÑO el 22 de septiembre de 2000 (fl. 52-132), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR con fecha de inicio de efcetividad1 de noviembre de 2000 (fl. 133), donde se encuentra afiliada en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde diciembre de 2000 a la fecha (fls. 134 a 145 vto). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (CD-fl. 52), se denota que cotizó a esta de forma interrumpida del 17 de marzo de 1986 al 31 de octubre de 2000.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 52 y 132 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues HORIZONTE hoy PORVENIR, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o

ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, independientemente que fuera o no beneficiaria del régimen de transición.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquella de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a HORIZONTE hoy PORVENIR pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento o en su defecto afirmar que por haber mencionado algunas características propias del RAIS dentro de las situaciones fácticas de la demanda dentro del libelo demandatorio se dé por demostrado que PORVENIR cumplió con el deber de información a su cargo.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Situación por la que no se acogen los argumentos de disenso efectuados por PORVENIR con relación a los gastos de administración y seguros que aduce su imposibilidad de deducción al ser violatorio de principios y derechos fundamentales, por cuanto no fueron solicitados en la demanda, ya que conforme se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, en los términos precisados en antelación.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que no fue objeto de controversia las consideraciones realizadas por el a quo con relación a que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que se tiene que la norma aplicable es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que establece que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 19 de noviembre de 1960 (fl.32), por lo que a la fecha cuenta con 60 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados.

En cuanto a las semanas, se tiene que la totalidad de semanas cotizadas arroja un total de **1,897** (fls. 38 a 51), lo cual la hace acreedora a la pensión en los términos que lo consideró el Juez de Instancia.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y si bien el *a quo* consideró que su reconocimiento debía realizarse desde el 1 de mayo de 2018 atendiendo que el ultimo aporte realizada correspondía 30 de abril de la misma anualidad (fls. 134 vto a 145), lo cierto es que no existe certeza con relación a la fecha de desafiliación de la actora, pues al verificarse la historia laboral de la demandante, se tiene que presuntamente se realizó una última cotización para el ciclo 201803 y para los ciclos 201804-201805 y 201806 registra con observación *"comisión cesante"*, sin que lo allí consignado corresponda a la novedad de retiro que le impone la normatividad en cita, aunado a lo anterior, se allegó certificación expedida por PORVENIR con fecha 30 de octubre de 2018 (fl. 134) en el que dejó expresa constancia que la demandante se encuentra *"afiliada"*.

En ese orden de ideas, se revocará el numeral sexto de la parte resolutiva proferida por el juez de instancia, para en su lugar condenar a

COLPENSIONES una vez cuenta con la totalidad de los emolumentos ordenados por el *a quo* y establezca con exactitud la fecha de retiro de la actora, reconozca y pague la pensión de vejez en los terminados ya precisados. Finalmente, y con relación a la mesada pensional deberá COLPENSIONES realizar los cálculos correspondientes, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral y/o en los últimos 10 años, el que le sea más favorable a la demandante.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ el numeral sexto** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP; sin que se impongan costas a COLPENSIONES al haber prosperado de manera parcial el recurso de apelación interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

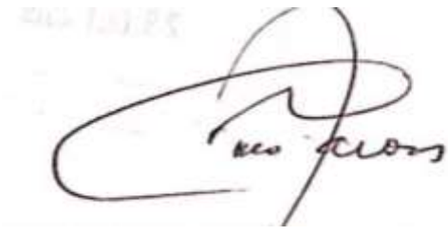
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL SEXTO de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a **COLPENSIONES** una vez cuenta con la totalidad de los emolumentos y establezca con exactitud la fecha de retiro de la actora, reconozca y pague la pensión de vejez y calcule la mesada pensional atendiendo a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral y/o en los últimos 10 años, el que le sea más favorable a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 16 de agosto de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. **SIN COSTAS** en contra de **COLPENSIONES.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

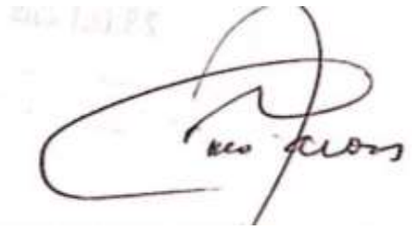


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –MARIA ELDA PEÑA CHIPATECUA- CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **MARIA ELDA PEÑA CHIPATECUA,** se **declare** que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo dependiente de ella, como lo determina el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional por persona a cargo, específicamente por su compañero permanente José Gustavo Bejarano a partir del 1 de agosto del año 1999, se **condene** a la entidad demandada al pago debidamente indexado, se **condene** en uso de las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 35).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 35 a 36 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que se encuentra pensionada por el ISS hoy COLPENSIONES mediante resolución 014579 de 1999 09 de abril de 1999, con estatus 01 de diciembre de 2013, siendo beneficiaria del régimen de

transición, que convive en unión marital de hecho con quien ha convivido por más de 48 años bajo el mismo techo, lecho y de los cuales nacieron 3 hijos que ya son mayores de edad, que su compañero permanente depende económicamente de su pensión y que este, no recibe ningún tipo de pensión, salarios, asimismo que es beneficiario en el sistema de seguridad social en salud y agregó que en el acto administrativo de reconocimiento pensional no se incluyó el incremento pretendido.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser cierto el numeral 5 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación en cabeza de mi representada, prescripción, buena fe, compensación e innominada o genérica. (fls.61 a 68).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de septiembre de 2019, **absolvió** a la demandada COLPENSIONES de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARIA ELDA PEÑA CHIPATECUA, **declaró probada** la excepción de inexistencia de la obligación y se declaró relevado del estudio de los demás medios exceptivos, y se abstuvo de imponer condena en costas. (CD -fl. 76).

Como argumento de su decisión, el *a quo* indicó que no era materia de controversia lo correspondiente a la reclamación administrativa, así como tampoco la calidad de pensionada conforme al acto administrativo allegado al plenario y que su reconocimiento se dio bajo el reconocimiento de ser beneficiaria del régimen de transición bajo el acuerdo 049 de 1990 a partir del 1 de agosto de 1999, con relación al reconocimiento del incremento pensional trajo a colación la normatividad que gira en torno al tema, junto con el acervo probatorio allegado al infolio, concluyendo que con relación a la convivencia así como la dependencia económica de su compañero permanente se encontraron reunidos estos requisitos, no obstante, dicha situación varió con la sentencia SU 140 de 2019, en el que determinó que el incremento pensional perdió

vigencia con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que no había lugar a su estudio, procediendo absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora MARIA ELDA PEÑA CHIPATECUA, conforme se infiere de la copia de la Resolución No. 014579 de 1999 (fl. 4 y CD- fl. 60), mediante la cual COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de $254.368, a partir del 1° de agosto de 1999.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

> *"Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo*

conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."

(…)

"Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993."

(…)

"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.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir."

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar,** la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

"7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, "a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria"

(…)

"9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones".

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*"… 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional…"*

"Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo."

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento,** lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

"Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

> *"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"* (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador:** pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y *"para interpretar las leyes"*, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

*"**ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que la actora adquirió el derecho a la pensión el **1° de agosto de 1999** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que la demandante no tenga derecho a los mismos.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANEY BEATRIZ JIMÉNEZ RIVERA contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANEY BEATRIZ JIMENEZ RIVERA,** se **declare** la nulidad de la afiliación a través de Horizonte hoy PORVENIR el 01 de marzo de 2009 del RPMPD al RAIS y se declare valida y vigente la afiliación al RPMPD. Como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliado cotizante, se condene a PORVENIR S.A. a liberar su base de datos por motivo de la afiliación, así como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y a trasladarlos a COLPENSIONES, se **condene** en costas y agencias en derecho a la demandada y se condene en uso de las facultades ultra y extra petita (fls.46 a 47.).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 44 a 46), señaló, en síntesis, que nació el 21 de septiembre de 1965, que inició su vida laboral

el 15 de noviembre de 1985 por lo que a partir de dicha data se efectuó su afiliación en el ISS y continuó realizando sus cotizaciones pensionales hasta el 1 de marzo de 2009, momento en el cual realizó su traslado de régimen a Horizonte hoy PORVENIR, en el que el asesor le indicó que el ISS iba ser liquidado, en el que adicionalmente no le realizó una proyección de su pensión, así como tampoco el capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, ni mucho menos le indicó el capital requerido para que heredaran sus beneficiarios, ni el plazo en el que podía retornar al RPMPD, por lo que el formulario de afiliación no contó con la información suficiente con relación a su perspectiva pensional y la información brindada fue verbal y nos existen documentos que demuestren lo contrario, agrega que actualmente cuenta con un total de 1017 semanas, que adicionalmente PORVENIR le realizó una proyección pensional y en el que comparado con la proyección que obtendría en el RPMPD, existe una amplia diferencia con relación al monto, que solicitó ante las demandadas la nulidad de la afiliación petitum que fue negado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 78 a 83), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1 a 4, 18 a 24 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 105 a 111 vto.), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 1, 4, 14, 19 a 20 23; no ser ciertos los numerales 4 a 13 y 16, no constarle los contenidos en los numerales 2 a 3, 5, 18, 22 y 24, en cuanto a los demás manifestó no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de agosto de 2019 (CD – fl. 128), **declaró** la ineficacia de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficio de la demandante al RAIS, celebrada en su momento con Horizonte hoy PORVENIR S.A., según formulario de afiliación 1 de marzo de 2009, **condenó** a PORVENIR a realizar el traslado del RAIS al RPMP, tanto de la relación jurídica de la afiliación, como el valor de los saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES, **condenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el momento de los aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen, sin reconocimiento de régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular, **absolvió** a las demandada de las demás suplicas de la demanda, **declaró no probadas** las excepciones formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES y no impuso condena en costas.

Como **fundamentó su decisión,** trajo a colación la normatividad que rige en torno al tema, esto es la Ley 797 de 2003, asimismo indicó la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que soportó su decisión en las sentencias emanadas por la CSJ que giran en torno al tema, esto es el cumplimiento desde el punto de vista informado a cargo de las AFP, y que al efectuarse el traslado en el año 2009, sin que fuera cierto tal y como lo expuso en la contestación de la demanda que había cumplido en el año 2004 cuando el traslado se efectuó con posterioridad, agregó que los deberes del buen consejo siempre han permanecido y no se demostró en el presente asunto que se haya cumplido con el deber de información e ilustración que se le impone a la administradora, debiéndose declarar en el presente caso lo correspondiente a la ineficacia de la relación jurídica, sin que fuera necesario que la demandante como en este caso, sea beneficiaria del régimen de transición, asimismo con relación a la excepción de prescripción, la declaró no probada.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, indicando que no se había visto el acto voluntario y libre de traslado de la demandante a un régimen a otro, no se incurrió en prohibición alguno que lo impida, tampoco la demandante ha adquirido ningún derecho, así como su voluntad de querer permanecer afiliada en le régimen se encuentra acreditada con el número de semanas cotizadas en el mismo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben

suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ANEY BEATRIZ JIMÉNEZ RIVERA el 1 de marzo de 2001 (fls. 112), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de mayo de 2009 (fls. 36 y 112 vto), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl. 36 y 113 a 120), efectuando cotizaciones en éste régimen desde mayo de 2009 a la fecha (fls.17 a 28). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 15 de noviembre de 1985 al 30 de abril de 2009 (fls. 29 a 30).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 112 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima en los términos que recurre la sentencia de primera instancia PORVENIR, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión,

las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de haber estado afiliada por un largo periodo de tiempo y no haya manifestado su inconformismo con anterioridad tal y como lo sostuvo en su recurso de alzada, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras

cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Por lo que precisado lo anterior, se modificará la sentencia apelada en tanto el *juez de instancia* con relación a PORVENIR, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros enunciados en precedencia.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

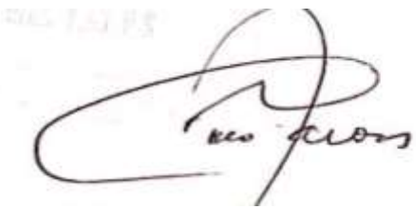
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo aquí considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 26 de agosto de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

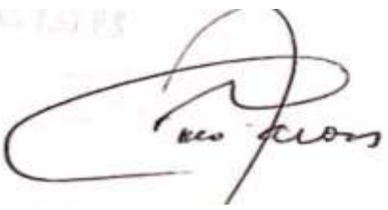


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo PORVENIR S.A., la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – CATERINE ARBOLEDA MUÑOZ - contra – BANCOLOMBIA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CATERINE ARBOLEDA MUÑOZ,** se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de junio de 2005 hasta el 20 de enero de 2016 y se declare que fue terminado sin justa causa. Como consecuencia se condene, a la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, se condene al pago de la diferencia entre el valor pagado en la liquidación de contrato por concepto de Auxilio Plan Complementario de Salud, Bonificación Semestral junio/navidad, Bonificación vacaciones compensadas, salario, auxilio incapacidad general, vacaciones compensadas, cesantías definitivas junto con sus intereses, cesantías del año anterior, prima legal que resulten de aplicar el salario devengado por la actora durante el periodo de causación del mismo, de igual forma, se condene a la indemnización moratoria del art.65 CST, se condena a la demandada a cancelar las sumas de dinero debidamente indexadas, que condene bajo las facultades ultra y extra petita del juez laboral y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 6 a 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló en síntesis, que fue vinculada con BANCOLOMBIA el 11 de junio de 2005 a través de contrato a término indefinido, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 20 de enero de 2016, devengando como último salario la suma de $8.127.000, agregó que inicialmente fue contratada para desempeñar el cargo de auxiliar del departamento en la dirección general de Medellín y que para el 1 de octubre de 2014 fue nombrada como directora supernumeraria regional de Bogotá, que para el 30 de enero de 2015, en la sucursal calle 53 fueron consignados 3 cheques por diferentes sumas de dinero por un cajero de nombre Henry Leal Amaya a una cuenta que no correspondía, acotó que para el 03 de febrero de 2015 el demandado le ordenó corregir de forma manual el error de ese cajero consistente en reversar esa transacción informándole para el 15 de mayo de 2015, que la reversión realizada la había efectuado de manera incorrecta, ya que la misma se realizó al señor José Sandoval que no le correspondía esa suma de dinero, por lo que procedió BANCOLOMBIA a interponer denuncia penal en contra del mencionado señor al no haber reintegrado la suma de dinero que no le correspondía.

Agregó que nunca tuvo llamados de atención, así como tampoco la llamó a diligencia de descargos con relación a los hechos ocurridos para ese día y solo dio por terminado el contrato de trabajo el 20 de enero de 2016 y que al momento de realizar la liquidación se la realizó con base en un salario de $3.478.190 sin que se tuviera el salario realmente devengado y que llevó a que se le pagara prestaciones sociales, vacaciones y beneficios extralegales de manera errada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

BANCOLOMBIA S.A. contestó el introductorio (fls. 307 a 345), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 13 y 17 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas justa causa para la terminación del contrato de trabajo de la demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, buena fe, prescripción, pago, compensación y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de mayo de 2019 (CD – fl. 634), **declaró probada las excepciones** de justa causa para la terminación del contrato de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo debido formuladas por la demandada; **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que no existía controversia con relación al contrato de trabajo que unió a las partes bajo la modalidad indefinida, así como tampoco lo correspondiente a los extremos de la relación laboral; con relación a lo devengado y ante la inasistencia a la audiencia de que trata el artículo 77 CPTS de la demandante, procedió a realizar el estudio del material probatorio aportado, trayendo a colación la liquidación de contrato, afiliación a la CCF, certificaciones laborales, en el que si bien se allegaron unas certificaciones al plenario, en la demanda no se indicó de manera puntual en donde radicaba su queja con relación a la liquidación efectuada por la demandada, en el que solo se indicó que la cuantía del salario era sobre 8 millones de pesos pero no indicó cuales eran los rubros que había echado de menos, encontrando que para el segundo semestre percibió una sumas de dinero adicional, en el que presuntamente pudo haber radicado ante la suma percibida durante la licencia de maternidad, sin que se observe falencia con relación a la liquidación efectuada por la demandada a favor de su extrabajadora con base en el salario sin que arrojara ninguna diferencia a cancelar conforme a las operaciones aritméticas realizadas por el despacho.

Con relación a la indemnización por despido sin justa causa, indicó que no era materia de discusión que la demandada fue la que finalizó el vínculo laboral, como soporte de ello, allegó la carta en el que invocó las causales contenidas en el CST así como en el reglamento interno de trabajo y los hechos en los que se fundó la decisión, por lo que de conformidad con el error cometido por la actora ella lo reconoció y adicionalmente existía amplio material probatorio que así lo respaldaba, por lo que el único reparo fue lo

relacionado con el tiempo que se tomó para tomar la decisión entre la falta cometida y la fecha del despido, en el que precisó que no se ha establecido que el despido deba ser inmediato, y más tratándose en conductas como las que se cuestionaron en el asunto, en el que el empresario no tenía que tomar decisiones precipitadas, perjudicando a sus propios trabajadores, por lo que en el caso particular, al haber transcurrido 9 meses, previo recuento cronológico, indicó que entre cuando se enteró el empleador del error cometido por la trabajadora esto es el 23 de abril de 2015, requiriéndola para mayo de 2015 y lo correspondiente a la licencia de maternidad junto con las vacaciones que le fueron otorgadas se encontraba en un fuero especial, que no le permitía a la demandada adoptar ninguna decisión antes de noviembre de 2015, junto con los testimonios arrimados al plenario, considerando que la demandada tomó la decisión dentro de un término razonable y con relación a la falta grave calificada por el demandado no podía el juzgador entrar a calificarlas y estaba dentro de las faltas graves en el RIT, sin que pueda atender lo manifestado en los alegatos de conclusión con relación a los aspectos formales del despido.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que no compartía los argumentos con relación al término razonable entre la fecha de la ocurrencia de los hechos y la fecha del despido, por el contrario lo consideraba exagerado, toda vez que después de que se tiene conocimiento de los hechos en enero de 2015, solo hasta en enero de 2016 toma la decisión, agregó que si bien se encontraba en licencia de maternidad y vacaciones, una vez regresó en noviembre de 2015, es cuando es requerida a proceso de descargos y solo un mes después de esa diligencia es que se toma la decisión de dar por terminado el contrato, por lo que consideró no debió tomarse ese término para dar por terminado el contrato, ya que en el término de la licencia y vacaciones era más que suficientes para haber tomado la decisión, en el que si bien tuvo una pérdida económica, no podía la demandada exigirle que retornara esos dineros, porque a la luz del derecho laboral no es correcto. De igual forma, también cuestionó lo correspondiente a la imposición de costas, pues al no residir en el país, las condiciones económicas en la que se

encontraba, estar en condición de asilada y al tratarse la contraparte de un banco, tenía una capacidad económica predominante sobre la demandante.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si tiempo transcurrido entre la fecha en que BANCOLOMBIA tiene conocimiento de la materialización de la conducta de la demandante y la fecha en que dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa, puede tenerse como razonable, esto es, si cumplió o no con el requisito de inmediatez.

Contrato de trabajo

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que no existe controversia respecto de la relación laboral. Así entonces, se tiene que entre las aquí partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 01 de julio de 2005, devengando como último salario la suma de $3.478.190 y que el vínculo contractual laboral feneció el 20 de enero de 2016, por decisión efectuada por el empleador mediante carta de terminación unilateral con justa causa. (fls. 20 a 28).

La justeza del despido

De igual forma, tampoco es materia de controversia, lo correspondiente a las causales invocadas para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, en los términos consignados visibles a folios 26 a 28y 532 a 534 del expediente.

Inmediatez en el despido

Se allegó al expediente (fls. 26 a 27 y 532 a 534), el escrito de terminación de vínculo laboral contractual donde BANCOLOMBIA el 20 de enero de 2016, fundó su decisión para dar por finalizado el vínculo contractual laboral, en el que realizó un recuento detallado de los hechos y del que se extrae el orden cronológico allí consignado:

*"(..) el día **03 de febrero de 2015**, el cliente identificado con el NIT 900.580.457 se comunicó con el Director de Servicios de la sucursal Cali (060), informándole que el día 30 de enero de 2015 en su cuenta corriente se había efectuado un depósito por valor de $24.676.240, el cual afirma desconocer su procedencia. Consecuente con lo anterior, el Director de Servicios de la sucursal Cali (060) al advertir que el deposito se había realizado desde su oficina, procedió a contactarla para aclarar la situación.*

*Usted al revisar dicha información, procedió analizar los antecedentes y encontró que la consignación antes referida si había sido procesada por parte de un supernumerario de la sucursal, quien al recibir la consignación había abonado el dinero a un destinatario diferente al que se le había indicado (..) una vez el cliente al cual se le había abonado el dinero autorizó el reintegro de esta suma al banco, usted el **03 de febrero de 2015** procedió directamente a realizar la operación con la finalidad que el dinero que se había recuperado le fuera depositado al destinatario correcto, sin embargo, ello no ocurrió, por cuanto usted incurrió en el mismo error al momento de realizar la transacción y no validó correctamente los datos de la cuenta el destinatario inicial, envido los $24. 676. 240 a la cuenta de un tercero erróneo, quien a la fecha no ha reintegrado dichos recursos a la Organización.*

*Posteriormente, el día **23 de abril de 2015**, el cliente identificado con el NIT 900.056.040 presentó una reclamación, en el cual informa que el día 30 de enero de 2015, había realizado una consignación al convenio 54851 por valor de ($24.676.240) sin que para esa fecha dichos recursos hubieran ingresado al su respectivo convenio.*

*Al revisar lo sucedido, usted encontró que esta reclamación estaba relacionada con la "corrección" que usted había realizado el **03 de febrero de 2015**, y que nuevamente se habían enviado de manera errada los $24. 676.240 a la cuenta de un tercero a quien no le correspondían esta vez obedeciendo el error a su gestión.*

Para aclarar lo sucedido, el día ***18 de diciembre de 2015*** *fue programada una reunión en la cual participaron la Gerente de la sucursal Calle 53, la Líder de Servicios – Zona Occidente-, la Analista de Relacionamiento humano de su zona, donde se le pidieron las explicaciones del caso, y usted aceptó haber realizado de forma errada la operación al haberla enviado en la cuenta de un destinatario diferente al indicado por el depositario, así mismo manifestó que no observó claramente la copia de la consignación donde el cliente había indicado los datos del convenio, del nombre e identificación de la empresa, y por ende, no corroboró la información.*

(..)

Es del caso resaltar que en diversos momento usted tuvo la oportunidad de ser oída por parte de esta Gerencia para garantizarle su derecho a la defensa, sin embargo, en ningún evento usted ha logrado justificar su proceder y en la última entrevista realizada el ***18 de diciembre de 2015, momento en el cual usted se reintegraba de licencia de maternidad y de sus vacaciones****, tampoco estableció argumentos adicionales para explicar lo ocurrido con el error (..)"* (negrilla fuera de texto)

Estas situaciones fácticas, fueron corroboradas por las testigos Aura Quintero en calidad de gerente de BANCOLOMBIA y jefe inmediata de la actora , en el que indicó que para **febrero del año 2015** corrigiendo un error de la oficina calle 53 donde un cajero realizó un deposito equivocado en **enero de 2015**, procedió la demandante a corregir de manera equivocada esa transacción, llevando esos dineros a una cuenta diferente a la que correspondía realmente y que se dieron cuenta de la situación en **abril o mayo de 2015**, cuando el cliente de -Gama Licores- indicó que no le habían hecho el depósito del dinero por la suma de $24.676.240 y del que se percataron de quien había cometido los errores fue la demandante, enviándole dicho rubro al cliente -Globus Sistemas- y que de ahí iniciaron las investigaciones y que al rendir explicaciones en **diciembre de 2015**, aceptó haber cometido ese error en esa diligencia que se adelantó en compañía de la actora si como de ella en calidad de jefe inmediato.

De igual forma, la testigo Pili Rodríguez quien funge como analista de relacionamiento humano de la entidad bancaria demandada, manifestó que todo se desencadenó cuando la demandante enmendando una consignación errada que realizó un cajero para **enero de 2015**, procedió a corregirla pero realizando el abono a otra cuenta equivocada para **febrero de 2015**, sin validar lo correspondiente a la cuenta que le abonó el dinero y que para **abril o mayo de 2015**, llegó la reclamación del cliente en el que indicó que no le habían hecho el depósito desde el mes de **enero** y que a partir de ahí llaman a la gerente y líder de la zona y por supuesto a la directora que era el cargo de la demandante para intentar recuperar el dinero sin así lograrlo, por lo que para **diciembre de 2015** tuvieron un conversatorio con la demandante en el que aceptó que se había equivocado, pero sin brindar una propuesta en concreto para poder recuperar el dinero.

Asimismo, como pruebas documentales, se allegó la misiva a la que se hace alusión en la carta de terminación de contrato y que corresponde al escrito allegado por el cliente -Gama Licores S.A.S.- de fecha **22 de abril de 2015**, en la que le solicita a BANCOLOMBIA informe las razones por la que no se encuentra abonado el dinero en su cuenta (fls. 187 y 443), esto es la suma de *$24.676.240* y en el que allegó como soporte la consignación No. 06471826 que respaldaba su petitum (fl. 444).

Por otro lado, también se allegó el Anexo No. 4 Formato de reporte "árbol familiar" gerencia de seguridad bancaria con fecha **26 de junio de 2015** (fl. 215 a 216) en la que la actora relaciona los datos del cliente -Globus Sistemas-(04) sección prevención de fraudes –(10) aprovechamiento de error ajeno, y en el detalle de la novedad de reporta consigna *"(..) la empresa Globos sistemas recibió por parte del Banco consignación por valor de $24.676.24, fue notificado de que fue un error y el cliente no muestra voluntad de pago del dinero, se tuvo que denunciar ante la fiscalía, en este momento esta en proceso (..)"*

Adicionalmente, también se allegaron la impresión de los correos electrónicos que militan a folios 223 a 249 y 412 a 421, 434 a 442, 445 a 503, 507 a 531, que corresponden a comunicaciones que se remitieron las partes, desde que la demandante procedió a realizar la corrección del

depósito por la suma de *$24.676.240* **(3 de febrero de 2015**) a una cuenta que no correspondía hasta el **18 de diciembre de 2015** cuando indaga la posibilidad de congelar la cuenta del cliente -Globus Sistemas- que no ha retornado el dinero que no le pertenece y solicita se comunique lo correspondiente a la fiscalía:

- Mensaje generado Fernando Cristancho Roa Director de Servicio de Cali – BANCOLOMBIA en el que le informa a la demandante el **03 de febrero de 2015** lo correspondiente al error en la consignación inicial en la Ciudad de Bogotá a un cliente de esa oficina (Cali), quien manifiesta que no le pertenecen y los al banco, por lo que el Director le da las indicaciones a la actora, para que proceda a corregirlo.

- Comunicación realizada por la demandante con fecha **27 de abril de 2015 a varios trabajadores de BANCOLOMBIA**, en el que pone en conocimiento que el deposito lo realizó a la empresa cliente **-Globus Sistemas- de manera errada**, solicitando información de cómo puede contactar a ese cliente para poder recuperar el dinero.

- Mensaje remitido por la demandante con fecha **8 de mayo de 2015** a Yanet Torres – Líder de Servicio del banco- en el que le indica que el receptor del dinero – Globus Sistema- se reunirá con la gerente de Pereira para solicitar un crédito y retornar los dineros que le pertenecen a -Gamma Licores- y quien a su vez se había comunicado con este último para definirle lo de su dinero, y le consulta si es posible de cargar el dinero a el PYG, en espera del crédito o si "se soluciona el tema por otro lado", **agregó que es consiente que solucionó un error con otro error**, ya que la equivocación la cometió una persona inicialmente, **pero puntualiza que asume su responsabilidad**. Respuesta que fue suministrada por el destinatario – Yanet Torres- **para ese mismo día**, en el que indica que no puede hablar de ningún tipo de responsabilidad por parte de la demandante o del cajero y que revisará lo correspondiente de llevar al dinero faltante al PYG.

- Comunicado generado por la Líder de Servicio Zona Occidente BANCOLOMBIA- Yaneth Torres- con fecha **13 de mayo de 2015**, dirigido a la actora en el que indaga lo correspondiente a la reunión con el cliente Globus Sistemas – receptor del dinero que debe reintegrar- en la ciudad de Pereira ya que con ello era más fácil que le autorizaran el PYG con la solución de recuperación de la plata y en el que la actora le indica que el cliente no está muy dispuesto con relación al crédito y que no tiene actitud de colaboración.

- Para esa misma fecha (**13 de mayo de 2015**) Yanet Torres – Líder de servicios- le imparte la instrucción a la demandante de realizar el abono al cliente –Gamma Licores-y el faltante lo deje a su nombre (de la demandante), indicándole que si bien el error inicial había sido del cajero, **la corrección fue adelantada por ella**, le indica que debe contabilizar el faltante y comunicarse con el jurídico para que elabore una carta y se la envíen al cliente –Globus Sistemas-, ya que este último no tiene nada en la cuenta y solicita dejar los soportes de las respuestas remitidas desde Pereira con relación a su caso.

- La actora genera un mensaje **15 de mayo de 2015**, al personal de BANCOLOMBIA, en el que precisa que desde el 30 de enero de 2015 con relación a la consignación errada realizada por el cajero y puntualmente de lo sucedido el 3 de febrero de 2015 cuando realiza la corrección manual y que después de tres meses, el 27 de abril de 2015 previa remisión de carta de reclamación, detecta el error y lo informa, llama al cliente para esa misma fecha así como el 29 de abril de 2015, e indica que el 7 de mayo de 2015 logra ubicarlo, indicando que había logrado ese contacto al llamarlo todos los días pero que este se encontraba renuente a su pago.

- Para el **15 de mayo de 2015** se evidencia que la demandante emite comunicado al área jurídica de la entidad demandada -abogado – Carlos Muñoz- y allega cadena de correos con relación al dinero que no que fue depositado en el convenio correcto y del que no logra recuperar el dinero por parte del cliente -Globus Sistemas- y donde adicionalmente consulta a esa área si se comunica con el cliente

afectado – Gamma Licores- y le pide una espera, por su parte uno de los abogados de la jefatura del área jurídica del Banco demandado le contesta el **19 de mayo de 2015** que una de las primeras soluciones es instaurar las denuncias ante las entidades penales correspondientes, le plantea citar al cliente para que firme un pagare, en la que se estipule como retornará el dinero y adicionalmente sugiere se continúe con el cobro por parte de la sucursal, indica que por tratarse de un delito querellable no debe pasar más de 6 meses e indica que deben hacerle el abono al cliente afectado.

- Comunicación enviada por el mismo abogado – Carlos Muñoz- el **20 de mayo de 2015** y le envía el pagaré institucional en el que le indica, ajustarlo al caso en concreto.

- Correo remitido por la actora al señor Ricardo Castrillón- Gerente de Procesos Judiciales el día **12 de junio de 2015,** en el que lo pone en contexto la situación presentada *"(..) resulta que un cliente en Pereira se gastó 24.676.240 que por error yo lo consignen la cuenta corrigiendo un error que cometió un cajero. Para solucionarle al cliente dueño, me timbraron como directora un faltante por ese valor y Carlos me ayudo con una carta el **22 de mayo** al que se gastó el dinero, informándole que debía presentarse al banco porque eso era un delito. El señor dijo que para pagarnos tomaría un crédito con nosotros, sin embargo la gerente analizando los papeles encuentra que el señor el año pasado cerró a perdidas, por lo que posiblemente le negaran el crédito. El error fue cometido el **3 de febrero**, Carlos en su correo me informó que tengo 6 meses a partir esa fecha para presentar una denuncia (..), razón por la que solicito tu asesoría **ya que en este momento me encuentro en la semana 36 de embarazo y para el 2 de julio mi bebe ya habría nacido y no podré adelantar nada al respecto después de eso** (..)"* (negrilla y subraya fuera de texto)

- Mensaje generado por la actora con fecha **18 de junio de 2015**, en el que le pregunta área jurídica del banco – José Espitia- en el que se indaga si pueden agilizar lo correspondiente a la denuncia y en el que le indica que el cliente –Globus Sistem-al que se le consignó el dinero

de manera equivocada, le negaron el crédito y en el que indicó que no lo veía con voluntad de pago y del que aseveró presuntamente que el cliente ya haberse asesorado y que se encontraba en espera a que se vencieran los términos.

- Comunicación de la demandante en el que le escribe al área jurídica del banco, con fecha **22 de junio de 2015**, le pone en contexto los avances con relación al tema, esto es, la negación del crédito del cliente –Globus Sistemas- que no retorna el dinero y su poca intención de retornarlo, y en el que le indicó adicionalmente que el señor Ricardo Castrillón, le ayudo con el contacto de ALTO, para interponer la denuncia y le cuenta el compromiso que adquirió el 20 de mayo de 2015, y en el que el compromiso correspondió a realizar el abono al cliente correcto -Gama Licores -y que el faltante quedó a su nombre, indicó que de los compromisos adquiridos con el banco era que el banco la acompañaría en todo el proceso de recuperación del dinero, al no haber sido sustraído por ella (la actora) y se encontraba plenamente identificado el cliente y del que manifestó adicionalmente, no ser justo que tuviera que asumir ese pago.

- Mensaje con fecha **23 de junio de 2015**, en la que la actora pregunta al área jurídica si fue posible instaurar la denuncia y el 26 de junio solicitando la radicación de la misma por estarlo exigiendo el área de listas de control de BANCOLOMBIA.

- Comunicación de fecha **18 de diciembre de 2015** en el que la actora pregunta con relación a si podía congelar recursos del cliente –Globus Sistemas-del que se le realizó los depósitos de manera errada, ya que tenía algo más de $17.000.000 y en el que solicita se aportara lo correspondiente a la fiscalía.

Por otro lado, también se allegó como pruebas documentales, el Acta de entrevistas realizada **el 17 de diciembre de 2015** (fls. 504 a 506), a la demandante en el que manifestó todo lo ocurrido con relación a la consignación equivocada por la suma de $ 24.676.240 haber estado

pendiente de todo el proceso incluso en licencia de maternidad y en el que se consignó que como solución al problema, una vez el banco determinara que no era posible recurar los dineros, podían llegar a un acuerdo con los abogados así como con los abogados del banco.

Finalmente, se allegó a folios 589 a 590 del expediente, certificaciones expedidas por BANCOLOMBIA, en el que deja constancia que la demandante estuvo en **licencia de maternidad** a partir del **2 de julio de 2015** hasta el **07 de octubre de 2015** y disfrutó de sus vacaciones entre el **08 de octubre de 2015** hasta el **23 de noviembre de 2015.**

Previo abordar el estudio de fondo en el presente asunto, debe precisarse que, de vieja data, nuestro órgano máximo de cierre, ha sostenido que debe existir una inmediatez, temporaneidad o tempestividad en la decisión de terminación fundada en una conducta del trabajador, traduciéndose en evitar que con el paso del tiempo desdibuje la gravedad alegada del hecho o la causalidad entre ella y la decisión del empleador. Así lo precisó la sentencia SL 28171 junio 2021- Rad. 79.475 en sentencia, que trajo a colación la sentencia SL 17 mayo 2011, Rad. 36014, en los siguientes términos:

> *"(…) la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, pues aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación éste invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede desatenderse que entre éstas y aquella no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador inmediatamente o dentro de un plazo razonable a provocar el despido del trabajador se impone entender, en sana lógica, que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.*
>
> *Además, como es el empleador quien debe exponer las razones por las cuales no provocó inmediatamente a la falta del trabajador el despido, y éstas(…) es el quien debe acreditarlas en el respectivo proceso, de modo que, de no hacerlo, emerge indubitable que no fue esa la verdadera motivación de su proceder, tornándose injusto el despido y haciéndose en consecuencia acreedor a la condigna condena contemplada para esos efectos por el legislador, en nuestro caso el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.*

Puede afirmarse entonces que, la justicia del despido no es dable predicarla sino en tanto aparezca debidamente probada la conducta disonante del trabajador con sus deberes de tal encausada en el marco legal correspondiente invocado por el empleador; y en cuanto éste haya ejercido con inmediatez su prerrogativa de provocar la terminación del vínculo, o en caso de no ser así que resulte razonable, apareciendo también debidamente acreditado en el proceso, que debió cumplir diligencias, actuaciones o tomar medidas apropiadas para tal efecto. De no ocurrir lo primero, la ilegalidad de la decisión del empleador no amerita mayor comentario; y de no aparecer establecido lo segundo, muy a pesar de la gravedad de la falta imputada al trabajador, el despido deviene igualmente ilegal.

En similares términos recordó la Corte en sentencia de 16 de julio de 2007 (Radicación 28682), lo siguiente:

"Asimismo, se impone traer a colación la sentencia de 30 de julio de 1993, radicado 5889, citada por el demandante en el recurso de apelación, en la cual la Corte razonó así:

"(…) En efecto, es de esperar que un empleador prudente se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos constitutivos de la violación del contrato, y asimismo sobre otras circunstancias que puedan tener influencia en la grave decisión que habrá de privar del empleo al trabajador, sin olvidar que, además, el empresario puede estar obligado por convención o reglamento a cumplir ciertos trámites previos al despido, o que desee simplemente acatar las pautas que sobre la materia señala la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

"Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores"(subrayado fuera de texto)."

Por lo anterior y conforme al acervo probatorio que milita en el expediente, se encuentra debidamente probado en el caso de marras, que para el 23 de abril de 2015 BANCOLOMBIA tiene conocimiento de la equivocación por parte de su trabajadora demandante, con relación a la operación bancaria que realizó para el 3 de febrero de 2015, corrigiendo una transacción

bancaria de uno de los cajeros el 30 de enero de 2015, en el que remitió a otra cuenta la suma de $24.676.240, y que el cliente que le pertenecía ese dinero –Gamma Licores S.A.S, presentó reclamación al no evidenciar el depósito para dicha data (23 de abril de 2015) y del que la demandante reconoció haber sido su error mediante correo electrónico el **27 de abril de 2015**, en los términos precisados con antelación, siendo evidente entonces que el empleador tardó **268 días** (8 meses y 22 días) para dar por terminado el contrato de trabajo (**20 de enero de 2016)** aduciendo puntualmente esta situación fáctica.

Así las cosas, debe precisarse que el representante legal de BANCOLOMBIA, indicó en interrogatorio de parte, que en efecto los hechos se habían presentado para el primer trimestre del año 2015 y cuando se enteraron de lo presentado en abril de esa misma anualidad, la demandante se encontraba en embarazo, por lo que debido a ello se le indicó que solucionara con la recuperación del dinero ($24.676.240), que después fue cuando salió a licencia de maternidad y a tomarse sus dos periodos de vacaciones y que esa fue la razón por la que no se materializó el despido con anterioridad.

A su vez indicó la testigo- Aura Quintero – Jefe inmediata de la demandante- Gerente sucursal calle 53-, que una vez se evidenció la situación irregular que realizó la demandante con relación a la operación de corrección por la suma de $24.676.240 a un convenio diferente, BANCOLOMBIA debía adelantar una serie de investigaciones a efectos de establecer las causas que dieron origen a la equivocación y que mientras ello ocurría se le cargaba el dinero faltante a la trabajadora, para poder remitir de manera correcta el dinero al cliente que realmente le correspondía y del que rindió las respectivas explicaciones hasta diciembre de 2015 y que no se tomó ninguna determinación con anterioridad, con ocasión a la licencia de maternidad y garantizando la estabilidad de su bebé.

Por su parte, la deponente Pili Rodríguez en su calidad de analista de relacionamiento humano de la demandada, indicó que una vez llegó la reclamación del cliente al que no le aparecía le depósito del dinero, entre abril y mayo de 2015, entre la gerente, líder de servicios y la directora

(demandante) revisaron la operación realizada y a partir de allí, empezaron a llamar al cliente, así como a una empresa denominada "ALTO" que es especialista en la recuperación de dineros y que detectado el error tuvieron una reunión en diciembre de 2015, donde hablaron de los hechos presentados y que no se sentaron con anterioridad con la demandante debido al parto que se daría para junio o julio de esa misma anualidad.

De las anteriores probanzas, resulta claro que la demandada acreditó en el caso *sub examine*, los motivos por los cuales no dio por terminado el contrato de trabajo una vez encontró probada la conducta disonante de la señora ARBOLEDA MUÑOZ para el 27 de abril de 2015, pues su trabajadora se encontraba en estado de embarazo conforme lo certifica la misma entidad con relación a las fechas en las que se encontraba en licencia de maternidad (fl. 589) y del que ella misma (demandante), en una de las comunicaciones sostenida con el área jurídica de la entidad bancaria, les solicita celeridad con relación a la denuncia penal que debía instaurarse, pues estaba próxima a tener su hijo y esto le imposibilitaba continuar con la gestión de recuperación del dinero.

En ese orden de ideas y si en el presente asunto se denota falta de "inmediatez" en lo que esta palabra se refiere en su tenor literal, obedece a que el empleador tomó la determinación de darle prelación a una situación de rango constitucional, como lo es el **fuero de maternidad**, pues así lo manifestó el representante legal junto con los testigos, en el que no se observa una situación diferente a la de haberle dado la posibilidad en ese interregno de recuperar el dinero que de manera equivocada había remitido a otro convenio u otro cliente, sin que ninguna manera se logre concluir que se perdonó o se condonó la falta por ella cometida, por el contrario mientras culminaba su embarazo, le otorgaron la posibilidad de recuperar el dinero tal y como lo manifestó el representante legal en su interrogatorio de parte y conforme se evidencia en los correos electrónicos impresos que fueron allegados por las partes, en los que en ningún momento la demandada le solicitara explicación sobre lo sucedido, por el contrario, cuando la demandante le envía mensaje a la líder de servicios del Banco y trata de indicarle lo correspondiente a su responsabilidad, ella le indica que no es el

momento para abordar lo correspondiente y por el contrario empieza a orientarla con los temas de recuperación del dinero.

Asimismo, lo que se observa de la cadena de correos, es que la actora puso en conocimiento de la situación presentada al área jurídica, a efectos de proceder con la interposición de la denuncia penal, por lo que en efecto las explicaciones solo se rindieron de manera formal hasta diciembre de 2015, una vez regresó de su licencia de maternidad y vacaciones (24 de noviembre de 2015-fl. 590), esto para poder tomar la decisión administrativa correspondiente tal y como lo afirmó la testigo Pili Rodríguez; en el que si bien fue también motivo de reparo por parte de la actora en esta instancia, cuestionando por qué no se había procedido con el despido para noviembre de 2015 y solo hasta enero de 2016, cuando ya se tenía ampliamente comprobada la justeza del despido, lo cierto es que el fuero de maternidad se extiende hasta cuando culmina el periodo de lactancia, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia SU 075 de 2018 *"(..) es importante señalar que el fuero de maternidad se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación* ***hasta que culmina el período de lactancia*** *previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo (prevista en el numeral 1° del artículo 239 del CST) y la extensión de la garantía de ineficacia del despido (contenida en el artículo 241 del CST) (..)"*

En ese orden de ideas y al estar plenamente demostrado que la protección laboral reforzada de la demandante la adquirió desde su estado de gestación, expirando para el 2 de enero de 2016 cuando finalizó su periodo de lactancia (artículo 238 CST), es por lo que encuentra razonable la Sala el término utilizado por BANCOLOMBIA S.A., para dar por terminado de manera unilateral y con justa causa el contrato individual de trabajo de la señora CATERINE ARBOLEDA MUÑOZ el 20 de enero de 2016 y que llevan a confirmar la decisión de primera instancia frente a este tópico.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de la actora y que fue otros de los puntos de disenso en el

presente asunto, esta instancia debe precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, la señora ARBOLEDA MUÑOZ fue vencida en juicio, sin que de ninguna manera pueda atenderse de manera favorable los argumentos con relación a la calidad de refugiada o la posición económica de la entidad demandada para eximirla de su pago, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acertada la condena impuesta en el presente asunto por el Juez de instancia.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de CATERINE ARBOLEDA MUÑOZ de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

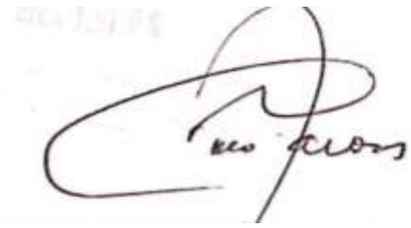
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 27 de mayo de 2019.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de CATERINE ARBOLEDA MUÑOZ en la suma de $300.000 pesos.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –CARLOS JULIO BOTÍA ROSAS - CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **CARLOS JULIO BOTÍA ROSAS,** se **condene** a COLPENSIONES reajustar y reliquidar la pensión de vejez desde el momento de su causación, con una tasa de reemplazo del 87% y liquidando su IBL para el año 2013 en $1.532.242 con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, se condene al pago del retroactivo junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de manera subsidiaria, se indexen todas y cada una se las sumas de dinero reclamadas y se **condene** ultra y extra petita (fl.4).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 4 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 07 de julio de 1953, cumpliendo los 60 años de edad en el año 2013 y al 1 de abril de 1994 tenía más 40 años de edad situación que lo hacía beneficiario del régimen de transición y una vez cumplidos los requisitos, solicitó el reconocimiento de la

pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante acto administrativo No. GNR 216942 del 27 de agosto de 2013 con efectos a partir del 1 de agosto de esa misma anualidad con una mesada pensional por $1.287.222, la cual se obtuvo de un IBL por $1.650.285 con un total de 1.095 semanas y una tasa de reemplazo del 78% , solicitándole a COLPENSIONES para el 20 de octubre de 2017 la reliquidación, teniendo como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años y con una tasa de reemplazo del 87% al tener acreditado un total de 1.232 semanas, en la que mediante Resolución SUB 289907 del 14 de diciembre de 2017 reliquidó la pensión pero en cuantía inferior a la que realmente le corresponde.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos contenidos en lo numerales 1 a 5 y negó los restantes propuso como excepciones de fondo prescripción, compensación, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, la no configuración de pago a IPC, la no configuración a indexación, así como la no configuración de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones. (fl. CD-49).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de agosto de 2019, **declaró probadas** las excepciones de inexistencia de la obligación del derecho reclamado y cobro de lo no debido, propuestas por COLPENSIONES, **absolvió** a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS JULIO BOTÍA ROSAS y **condenó** en **costas al actor.** (CD -fl. 76).

Como argumento de su decisión, el *a quo* indicó que no era materia de controversia el reconocimiento pensional realizado mediante acto administrativo para el año 2013, asimismo que con posterioridad, esto es, para el año 2017, reliquidó la pensión de vejez aplicando la tasa de reemplazo del 87%, por lo que una vez analizados los actos administrativos de reconocimiento, inicialmente la administradora demandada para obtener el IBL tuvo en cuenta el promedio de lo devengado en toda su vida laboral creyendo

que le era más favorable, trayendo a colación la normatividad aplicable al caso en concreto, esto es al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que es la que le corresponde aplicar al actor toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para pensionarse, por lo que conforme a la liquidación realizada por la entidad y comparada con la que efectuó el grupo liquidador, arrojó un IBL superior el realizado por COLPENSIONES, obrando en los términos de ley al haber tenido en cuenta durante toda su vida laboral siendo esta la más favorable, por lo que no hay lugar ajustar suma alguna.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si resulta procedente reliquidar la pensión de vejez, en los términos solicitados en el petitum de la demanda.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor CARLOS JULIO BOTÍA ROSAS, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 216942 de 27 de agosto de 2013 (fls. 10 a 14 y 87 CD- expediente administrativo digital), mediante la cual COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez, con un total de 1.095 semanas, obteniendo como IBL la suma de $1.650,285 y aplicando una tasa de remplazo de 78% en cuantía de $1.287.222 a partir del 1° de agosto de 2013.

Asimismo, tampoco es tema de controversia, que con posterioridad, el actor solicitó reliquidación de pensión y mediante acto administrativo SUB 289907 el 14 de diciembre de 2017, en el que ajustó el número de semanas cotizadas

a 1.219, aumentó el IBL a $ 1.681.629 y procedió aplicar una tasa de reemplazo del 87%.

Reliquidación Pensional

Lo primero que debe advertirse, es que el régimen de transición solo conserva del régimen anterior lo concerniente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión, pues las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se rige por las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993.

En cuanto tiene que ver con el monto de la pensión, la Corte Suprema de Justicia lo ha entendido como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el Ingreso Base de Liquidación, pues éste debe corresponder efectuarlo sobre los aportes realizados al sistema, tal y como lo ha expuesto en numerosos pronunciamientos que constituyen precedente jurisprudencial respecto al tema. Así lo ha dejado expuesto pacíficamente en su jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, sentencia SL 4624, Rad. 51.152 del 06 de abril de 2016.

Así entonces, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de las personas beneficiarias de régimen de transición, puede ser el contenido en el art. 36 o el del art. 21 de la ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo trascurrido entre la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993 y la fecha en que se causó el derecho pensional, si faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y si les falten más de 10 años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación es el previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al Ingreso Base de Liquidación de la pensión de las personas beneficiarias de régimen de transición, como se dijo anteriormente, no es el consagrado en la norma anterior, sino que debe tenerse en cuenta si les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que debe remitirse a lo contenido del inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 (el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuera

superior), mientras que a las personas que les falten más de 10 años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación es el previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el promedio del ingreso calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre que en este último caso, el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, pues así lo dejo expuesto la Corte Suprema de Justicia (SL, sentencia Rad. 43.336 del 15 de febrero de 2011, SL13652, Rad. N° 51.936 del 07 de octubre de 2015 entre otras).

Descendiendo al caso en concreto, obra la fotocopia de la cedula de ciudadanía del actor visible a folio 9 y 87, se observa que nació el 7 de julio de 1953, es decir, que acreditó la edad de los 60 años exigida por el acuerdo 049 de 1990, el 7 de julio de 1953, por lo que se concluye que el actor cumplió la edad, 19 años después de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y por ello Colpensiones, le reconoció el disfrute de la pensión a partir del 01 de agosto de 2013 (fls. 10 a 14); por lo que le hacían falta más de 10 años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión, razón por la cual el I.B.L. aplicable al caso del actor, es el indicado en el art. 21 de la ley 100 de 1993, esto es el promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el de toda la vida laboral, siempre que cuenta con más de 1.250 semanas cotizadas.

Por lo anterior, el IBL del demandante conforme lo establece el art. 21 de la ley 100 de 1993, corresponde al promedio de lo cotizado en los últimos 10 años al no haber cotizado 1250 semanas, que de conformidad con la liquidación efectuada y que hace parte integral de la presente sentencia, se observa que en efecto tal y como lo consideró el Juez de instancia, el IBL calculado por COLPENSIONES en el acto administrativo SUB 289907 el 14 de diciembre de 2017 que accedió a la reliquidación pensional solicitada ($1.649.626), resulta ser superior al que le hubiera correspondido ($ 1.640.270,36) tal y como se extrae de las operaciones aritméticas aquí realizadas.

En tales condiciones y sin que sean consideraciones adicionales se CONFIRMARA la sentencia consultada, proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2015.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

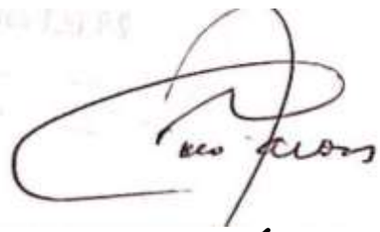
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN CARLOS ROMÁN OSPINA contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.-, -ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JUAN CARLOS ROMÁN OSPINA,** se **declare** la nulidad del traslado de régimen que se realizó el 16 de diciembre de 1994 del ISS a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., ante la falta de información veraz, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de los sistemas pensionales, se **declare** la nulidad del traslado efectuado el 23 de mayo de 2001 de PROTECCIÓN a COLFONDOS y se retrotraigan las cosas al estado anterior como si nunca se hubiera trasladado del RPMPD, se **condene** en costas y agencias en derecho a la demandada y **se condene** bajo las facultades ultra y extra petita (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló en síntesis, que para el 16 de diciembre de 1994 realizó traslado al régimen de

ahorro individual con solidaridad mediante afiliación a SANTANDER, sin que se brindara la información clara, completa y oportuna, con relación a su situación personal, porque se le ilustro únicamente las ventajas de trasladarse, asimismo aseveró haberse trasladado el 23 de mayo de 2001 a COLFONDOS, que nació el 11 de abril de 1963 y que son las AFP las que tienen la carga de demostrar que cumplieron con el deber de información, agregó que COLFONDOS le realizó una simulación pensional que comparada con la mesada que obtendría en el RPMPD con COLPENSIONES es significativamente superior así como el número de semanas; señaló que interpuso derecho de petición ante COLPENSIONES, sin que a la fecha haya pronunciamiento alguno.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 69 a 77), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser cierto el contenido en el numeral 4, no corresponder a una situación fáctica el contenido en el numeral 7 y 8 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada o genérica.

A su turno, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó el introductorio (fls. 103 a 107), se opuso a las pretensiones 1,4 y 5 y con relación, a las 2 y 3 manifestó que no le es dado pronunciarse. Sobre los hechos aceptó los numerales 3 y 4; no ser ciertos los numerales 1,2 y 5, en cuanto a los demás manifestó no constarle, asimismo, señaló que la primera afiliación se dio con COLFONDOS el 3 de mayo de 1994, lo que ocurrió fue el cambio de AFP y propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del perjuicio causado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., Buena fe por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., prescripción y excepción genérica.

Por su parte, el **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 117 a 133), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 3 y 4, no ser ciertos los numerales 5, 6, 9 y 10 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de agosto de 2019 (CD – fl. 173), **declaró** la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS en COLFONDOS S.A., y por ende el traslado entre administradoras esto es PROTECCIÓN S.A., **condenó** a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido desde el 01 de enero de 1995 al 22 de mayo de 2001, por motivo de la afiliación del demandante, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, autorizo que se efectuara el descuento del dinero que transfirió a COLFONDOS con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 22 de mayo de 2001, **condenó** a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por la administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, **declaró** que el demandante se encuentra afiliado en el RPMPD, administrado por el extinto ISS hoy administrado por COLPENSIONES, **declaró** no probadas las excepciones probadas, **condenó** en costas a la demandada COLFONDOS S.A.

Como **fundamentó su decisión,** indicó el *a quo* con relación a la ineficacia, o al traslado de régimen pensional, con fundamento a la falta de información con el cambio de régimen, debía estar precedida de la libertad de escogencia de régimen sin embargo, se hacía necesario el consentimiento libre e informado al usuario en caso de que se vea truncado por inexistencia, vicio, o ausencia de información; acto seguido trajo a colación el acervo probatorio allegado al infolio, observó que la afiliación al ISS 7 de febrero 1986 al 1 de junio de 1994, allí se trasladó inicialmente a COLFONDOS por el lapso comprendido entre 1 de junio de 1994, y posteriormente en 1 de enero de 1995 se trasladó entre administradoras a COLMENA hoy PROTECCIÓN, posteriormente, desde 1 de enero de 1995 a 1 de julio de 2001 se trasladó a COLFONDOS, fondo en el que se encuentra afiliado actualmente, asimismo trajo a colación los interrogatorios de parte, por lo que previa referencia de las diferentes sentencias proferidas por la Corte Suprema, la regla es que los fondos de pensiones deben suministrar información clara, cierta, comprensible, así como las diferencias entre los regímenes, consecuencias y los riesgos en el régimen pensional, con relación a la ineficacia, el deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, si bien es cierto, para la época no se podía hablar de una proyección pensional si se podía informar al demandante, de cuanto seria su mesada pensional o cuánto dinero se debía ahorrar para obtener una pensión de un salario mínimo.

Así las cosas, no se acredito por parte de COLFONDOS que se haya suministrado la información correspondiente al afiliado, pues de las pruebas documentales allegados no allegó el primer formulario sino solo el que se diligenció para el año 2001, en ese sentido no se trató solo de llenar de un formato, sino que se tenían que informar los elementos de juicio suficiente para advertir las consecuencias del traslado, por lo cual el fondo no se aseguró de brindar información de manera idónea, en consecuencia accedió a la declaratoria de ineficacia del traslado del ISS a COLFONDOS y entre administradoras, es decir, el traslado a PROTECCIÓN y posteriormente nuevamente a COLFONDOS y del que adicionalmente condenó a que se devolviera la totalidad de los emolumentos que se

encontraran en la cuenta de ahorro individual, junto con los frutos e intereses y sin lugar a deducción de suma alguna de dinero.

APELACIÓN

La parte demandada PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, para que se revoque el numeral segundo de la sentencia, solicitando que se resuelva este recurso en el sentido que los descuentos que realizo su representada, fue en virtud, del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que los aportes de ahorro individual se trasladaron en debida forma a COLFONDOS.

COLFONDOS interpuso recurso de apelación, por cuanto no se logró probar los elementos facticos y jurídicos que permitan declarar la ineficacia del régimen de prima media al de ahorro individual del demandante, teniendo en cuenta que las demandadas actuaron con el lleno de los requisitos, conforme a las normas para el momento de las afiliaciones, los formularos tuvieron un objeto y causa licita, asimismo señaló que al demandante se le había suministrado información suficiente y veraz, no solo por el formulario suscrito, sino porque el demandante en su interrogatorio de parte señaló que se le suministró toda la información , la suscripción la realizó de forma libre y voluntaria que sus aportes generaban unos rendimientos, y su interés de permanecer en el régimen de ahorro individual se afirmó, ya que, realizó varios traslados entre fondos privados, y finalmente solicitó se absolviera a la demandada de devolver los gastos de administración y se absuelva de las costas conforme a la buena fe de su representada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado y en los términos precisados por el recurrente COLFONDOS, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición,.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JUAN CARLOS ROMÁN OSPINA el 3 de mayo de 1994, se trasladó del régimen de prima

media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de junio de 1994 (fl. 111), afiliándose posteriormente a Colmena hoy PROTECCIÓN el 16 de diciembre de 1993 (fl. 108) con efectos a partir del 1 de enero de 1995 y afiliándose nuevamente a COLFONDOS el 22 de mayo de 2001 con efectividad 1 de julio de 2001, encontrándose afiliado en la actualidad en esta última entidad conforme a certificación que milita a folio 134 del expediente, efectuando cotizaciones en éste régimen desde junio de 1994 a la fecha (fls.135 a 140). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 7 de febrero de 1986 al 31 de mayo de 1994, en el que si bien registra cotizaciones con posterioridad a dicha data, lo cierto es que registran en la misma documental la observación *"aporte devuelto por estar vinculado a Colfondos"* (fls. 84 a 88).

Ahora bien, encuentra la Sala que el recurrente COLFONDOS S.A. en sus motivos de disenso, afirmó que para la época en que se dio el traslado no se exigía documento diferente al formulario de afiliación, lo cierto es que el dentro del acervo probatorio ni siquiera se allegó el documento referido y con el que se realizó el traslado de régimen, pues dicha información se extrae es del documento que milita a folio 111 del expediente (SIAFP) y en el que si bien el demandante en su interrogatorio de parte aceptó haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, tal y como también lo cuestiona en la apelación, lo cierto es que ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición y menos aún, tener una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos

recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si el demandante tuvo afiliaciones entre AFPS, también lo es que en el caso de PROTECCIÓN, ésta no estaba obligada a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como

así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN y COLFONDOS, deban adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en cada una de las administradoras, en los términos precisados por el *a quo*, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de COLFONDOS S.A. y que fue otros de los puntos de disenso en el presente asunto, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP,

COLFONDOS S.A. fue vencida en juicio, al haber sido condenada a devolver todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y adicionalmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acertada la condena impuesta por el *a quo*.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2019.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

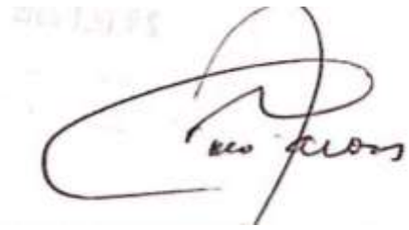
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2019, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

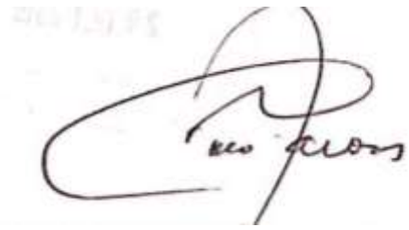


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., la suma de $900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIDA MARINA JAIME HERNÁNDEZ contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LIDA MARINA JAIME HERNÁNDEZ,** se **declare** que fue inducida a error por parte de PORVENIR al haber omitido la información completa, veraz e imparcial, sobre los beneficios, consecuencias y efectos con relación al traslado de régimen individual, se **declare** ineficaz la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR y vigente la afiliación al RPMPD. Como consecuencia, se **condene** a PORVENIR a comunicar a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación, junto con la totalidad de los aportes cancelados desde abril de 2000 por la indebida afiliación, se **condene** a PORVENIR a incluir dentro del valor de los aportes a devolver a COLPENSIONES el cien por ciento (100%) los aportes efectivamente cancelados por la indebida afiliación, con los rendimientos generados y la historia laboral de la demandante y se **condene** en costas y agencias en

derecho a la demandada y se condene en uso de las facultades ultra y extra petita (fl.3 vto.).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 4 vto), señaló, en síntesis, que nació el 23 de septiembre de 1961, que cotizó para el ISS de forma interrumpida durante el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 1981 y el 30 de abril de 2000 acumulando un total de 558 semanas, que el 3 de abril de 2000 se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., señaló que la asesora de PORVENIR no entregó la información con la transparencia necesaria, asimismo que PORVENIR al momento de efectuar el traslado no efectuó proyecciones del monto de la pensión según el RAIS, también le aseguró que se podría pensionar a la edad que quisiera, con el valor de la mesada pensional, que no afectaría las expectativas que traía del régimen que tenía, y que el ISS estaba por desaparecer, por ende, no podría reclamar el derecho, indicó que con PORVENIR ha cotizado desde el 1 de abril de 2000 hasta 19 de julio de 2017 un total 885 semanas, que según certificado de 19 de julio de 2017ya cuenta con un total de 1446 semanas, agregó que durante el tiempo de afiliación PORVENIR no ha suministrado por iniciativa propia ninguna clase de información relacionada con su expectativa pensional, que PORVENIR omitió informarle a la demandante que antes del cumplimiento de los 47 años de edad podría trasladarse al RPMPD sin ningún evidente que le es más favorable pensionarse en el RPMPD, que presentó ante las entidades demandada nulidad o ineficacia de la afiliación, sin que se accediera a lo solicitado. .

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 49 a 54), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1 a 3, 20 a 22, 24 y 25, no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 71 a 78 vto.), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 1, 3, 15, 17 a 19, 22 y 23; no ser ciertos los numerales 4 a 13 y 16, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de septiembre de 2019 (CD – fl. 118), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, al régimen de ahorro de ahorro individual con solidaridad a partir del 3 de abril de 2000, **condenó** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados sin descontar la cuota de administración, **condenó** a COLPENSIONES aceptar el traslado y tenerlos en cuenta para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas, **condenó** en costas a la demandada PORVENIR S.A.

Como **fundamentó su decisión,** indicó el *a quo* con relación a la ineficacia, o al traslado de régimen pensional, es invalidado, teniendo en cuenta que se omitió el deber de información respecto a los beneficios, prestaciones económicas, requisitos pensionales de un régimen a otro y las características propias de los mismos, observó que el traslado se efectuó el 3 de abril del año 2000, fecha para la cual contaba con 38 años de edad, razón por la cual, le faltaban más de 10 años para cumplir con los requisitos para ser acreedora de una pensión de vejez, entonces, dicho traslado se encuentra plenamente valido toda vez que cumpliría los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, no obstante lo anterior, el traslado al régimen de ahorro individual no estuvo precedida por adecuada información en cuanto a los beneficios o desventajas que conllevaría en su derecho pensional, con fundamento en los pronunciamientos de la Corte Suprema, señaló que le correspondía al fondo de pensión demostrar que la demandante tomo una decisión autónoma y consciente al haber sido

informada de los cambios que acarrea cada régimen, ya que no se encontró prueba en el plenario que demuestre que la entidad documentó de manera clara y suficiente a la demandante, con respecto a los efectos que traería trasladarse del RPMPD al RAIS, si bien, para el año 2000 no existía una obligación de generar una proyección de la mesada pensional, se debió acreditar por parte de PORVENIR que la demandante conocía las características propias de cada régimen pensional, con el fin de que pudiera tomar decisión informada respecto a cuál le favorecía, así mismo, debió informar cómo se daría su mesada pensional en el régimen de ahorro individual, para que la demandante fuera consciente de la forma en la que obtendría su mesada pensional con relación al capital e ítems del valor del bono pensional, hecho que no se acreditó, por lo cual, debía la demandada informar a la demandante las consecuencias tanto jurídicas como económicas del traslado del régimen pensional, circunstancias que no se acreditaron, así como tampoco se puso de presente el reglamento que contiene los derechos y obligaciones de los afiliados.

Considero el *a quo* que el traslado hecho por PORVENIR no se realizó de manera informada, esto es, no se acreditó que la demandante conociera cuál de los regímenes le resultaba más favorable, declarando de esta manera ineficaz la afiliación realizada.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, al no existir fundamentos fácticos ni jurídicos para que se declare la ineficacia, como quiera que la selección del régimen de ahorro individual por parte de la afiliada, fue de manera libre y voluntaria con la suscripción del formulario, teniendo en cuenta que la afiliada plasmó su firma en la casilla voluntaria de afiliación y debía tenerse en cuenta que la afiliación se realizó conforme al artículo 13 la Ley 100 de 1993, por lo que lo único que se exigía era la suscripción del formulario, asimismo, señaló que había quedado demostrado que la demandante si recibió la información ya que debido a ello ha permanecido afiliada por 19 años así como tampoco demostró su inconformidad con el régimen, ni solicitó el manual de afiliados que se encuentra en la página, en cuanto a los gastos de administración no son

deducibles, ya que los rendimientos fueron utilizados en determinado momento para invertir los dineros que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para generar rendimientos que encuentran sustento normativo en la Ley 797 de 2003, en Decreto 656 de 1994 en artículo 39 y en la Resolución 2549 de 1994, los cuales serán destinados para los conceptos de la pensión de invalidez, sobrevivientes y para el manejo de la cuenta de ahorro individual, por lo que al ordenar devolverlos generaría un perjuicio económico y enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, ya que se estaría haciendo acreedora de unos rendimientos financieros que nunca obtuvo en la cuenta de ahorro individual.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de PORVENIR S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes

tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición,.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LIDA MARIA JAIME HERNÁNDEZ el 11 de abril de 2000 (fls. 23 y 82), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de junio de 2000 (fls. 79 y 80), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl. 79), efectuando cotizaciones en éste régimen desde abril de 1994 a la fecha (fls.15 a 22 y 83 a 97). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 2 de febrero de 1981 al 30 de abril de 2000 (fls. 24 a 25).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 23 y 82 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría

sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de haber estado afiliada por 19 años en esa administradora y no haya manifestado su inconformismo con anterioridad tal y como lo sostuvo en su recurso de alzada, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese

dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Ahora bien, recurre PORVENIR S.A. lo correspondiente a los gastos de administración, que ordenó el *a quo* no fueran deducidos al momento de remitir la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, no obstante ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y está a cargo del ente de seguridad social, pues así lo precisó nuestro máximo órgano de cierres en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, que los mencionados debían ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Por lo que precisado lo anterior, se modificará la sentencia apelada en tanto el *juez de instancia* con relación a PORVENIR, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros enunciados en precedencia.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁN EL ORDINAL SEGUNDO** en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

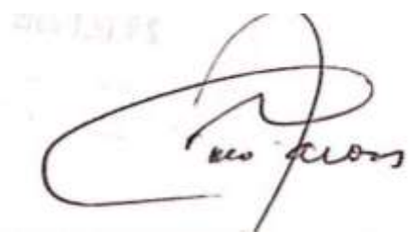
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo aquí considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 9 de septiembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

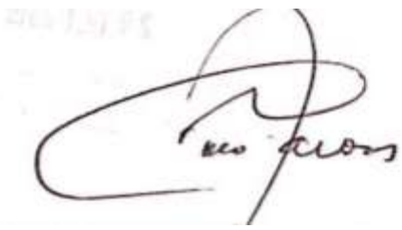


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo PORVENIR S.A., la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – KIDERLE JAVIER CASTILLO ANGULO - contra – ICEE COLOMBIA SAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **KIDERLE JAVIER CASTILLO ANGULO,** se **condene** a pagar a ICEE COLOMBIA S.A.S las horas extra diurnas comprendidas en su extremo laboral y como consecuencia se reliquide las prestaciones sociales y vacaciones, asimismo, se **condene** a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, a la indemnización por no consignación completa de cesantías e indemnización moratoria, que se **condene** bajo las facultades ultra y extra petita y por último solicita se **condene** al pago de costas procesales (fl. 42 a 45).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 7), señaló en síntesis, que el 26 de septiembre de 2011 se vinculó por contrato de trabajo escrito a término indefinido en el cargo conductor- almacenista con un salario $900.000 y que le asignaron el teléfono móvil para estar disponible y atender ruta de entrega de pedidos, registrándose después de las 5pm

llamamientos por parte de su empleador y jefes directos ya que en el cláusula 10ª se consignó que tenía un cargo de dirección confianza y manejo, no obstante le exigían jornada adicional a la pactado, toda vez que iniciaba a las 8 am y retornaba a las instalaciones de la empresa a las 5pm y de ahí iniciaba el tiempo complementario. Agregó, que el 12 de julio de 2016 le terminaron el contrato de trabajo con justa causa, sin un procedimiento preliminar, que el 17 de febrero de 2017, interpuso querella laboral sin que la demandada asistiera, indicó que esa empresa le suministra alimentos a los cines y que como es de conocimiento público en esa área no solo trabajan en jornada ordinaria sino en horas extras, que solicitó el registro de entradas y salidas a la demandada y que se negó a su entrega al no encontrarse evidencia de la misma y que como la empresa no tiene sucursales, el demandante llevaba a Cali, Medellín, Villavicencio y Barrancabermeja pedidos, por lo que la demandada eludió el pago de las horas extras, recargo nocturno, dominicales y festivos como factor salarial.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ICEE COLOMBIA SAS contestó el introductorio (fls. 56 a 81), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 14 y 15, precisando lo correspondiente al objeto social y en el que afirmó que siempre le canceló los trabajos dominicales y festivos laborados por el actor y le otorgó los días compensatorios que le correspondieron.

Frente a los demás indicó no ser ciertos y en síntesis manifestó que, el contrato individual que unió a las partes fue a término indefinido desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el 12 de julio de 2016, que en efecto se le entregó un teléfono celular atendiendo el cargo que desempeñaba y que era necesario tener bastante comunicación con él y aclaró que como el cargo por el que fue contratado era el de director técnico y era un trabajador de dirección, confianza y manejo, que se encontraba exento de cumplir la jornada máxima legal, no obstante canceló en debida forma los trabajos dominicales y festivos y le otorgó los días de compensatorio que le correspondieron, agregó que el 8 de julio de 2016, el demandante se rehusó a realizar funciones propias de su cargo por lo que se dio inicio a un proceso

disciplinario y no solo por ello, sino por diferentes llamados de atención, quejas de clientes y que obedecieron a los motivos por lo que se dio por terminado el contrato de trabajo por justa causa, agregó que la decisión de terminación del contrato sí estuvo precedida de un proceso disciplinario y que en atención a las múltiples faltas graves en las que incurrió fue por lo que se terminó.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de julio de 2019 (CD – fl. 200), **negó** las pretensiones de la demanda incoada por el actor KIDERLE JAVIER CASTILLO ANGULO y **absolvió de las mismas** a la demandada ICEE COLOMBIA SAS, **declaró probada** la excepción de inexistencia de la obligación y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación jurisprudencia emanada por la CSJ con relación a las situaciones de orden fáctico cuando se reclama lo correspondiente al pago de horas extras, dominicales y festivos en la que deben analizarse de tal manera, que en el ánimo del juzgador no deje duda alguna con relación a su ocurrencia, trajo a colación el acervo probatorio esto es las documentales y las testimoniales, indicando no haberse probado la jornada de trabajo superior a la máxima durante la vigencia del contrato de trabajo, por lo que lo que se extraía de la documentales obrantes en el infolio eran trabajos dominicales de manera ocasional y mal podría haber inferido que domingos y festivos fueron laborados y cuáles no, ni mucho menos con lo relacionado a las horas extras, y que lo único que quedó demostrado fue el trabajo variable por parte del trabajador, sin que existiera la necesidad de analizar lo correspondiente al cargo de dirección, confianza y manejo al no haber probanza con relación a una jornada superior, por lo que no accedió al pago de reliquidación de prestaciones sociales e indemnización moratoria.

Por otro lado y con relación a la justeza del despido, trajo a colación la diligencia de aclaración adelantada entre la representante legal de la empresa y el demandante el día 9 de julio de 2016, así como las

testimoniales, por lo que previa fundamentación normativa, indicó que el demandante en la diligencia de descargos había confesado su conducta y que en el desarrollo del contrato individual de trabajo, lo primero que debía cumplir el trabajador era la prestación personal del servicio, porque al estar relacionada las funciones del trabajador con la entrega de productos y decidió no mover el vehículo así como no hacer entrega de los productos, por lo que constituyó tal conducta de grave indisciplina, que voluntaria y deliberadamente tomo el demandante incurriendo en una falta grave, así como un acto de desobediencia, en el que si bien no estaba de acuerdo en pagar la suma de $20.000 por el daño de la tarjeta del parqueadero, asumió una vía de hecho cuando existía otros mecanismos para haber reclamado lo que no le pareció justo, ya que el vehículo que se negó movilizar era el único que tenía la empresa y que impidió entregar los productos, por lo que determinó que existió justa causa en el despido y con relación a la segunda causal invocada con relación a las llegadas tardes a la empresa, no existe prueba con relación a ello. Aunado a que en el presente asunto quedó demostrado que el demandante no tenía un horario de trabajo establecido, en el que acotó que el proceso disciplinario no está instituido en el CST así como tampoco en el contrato individual de trabajo, sin haberse aportado el RIT para establecer si estaba constituido el procedimiento previo para dar por terminado el contrato.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, al no reconocerse la terminación del contrato de trabajo por causa imputable al empleador, las horas extras, nocturnos, reliquidación de prestaciones sociales, ya que con los memorandos, se establecía que el horario del trabajador era de 8 am a 5pm, en el que se le exigía el cumplimiento de dicho horario, no solo de lunes a viernes sino el sábado todo el día, en el interrogatorio de parte de la representante legal junto con los testigos, reconocen plenamente trabajo suplementario a partir de las 5pm y fines de semana y festivos y en el que afirmó haber trabajado, por lo que no debió compensárselo en días sino en dinero, sin que reflejara dichos pagos y en el que si bien se solicitó las planillas y la demandada adujo no tenerlas, los testigos si indicaron haber diligenciado las mismas con relación a la entrada y salida de vehículos, por lo que es en

esas planillas donde se demostraba dicha labor, no obstante con los testigos, se demostró que si laboró en jornada adicional, en el que tenía que entregar productos en 5 a 8 puntos, por lo que claramente no podía visitarlos dentro de la jornada laboral conociendo como son los temas de movilidad en Bogotá.

Agregó, con relación a la terminación del contrato de trabajo, que este no se dio por lo de la tarjeta del parqueadero, sino porque no presentaba a las 8 am a trabajar y así se demostró en el presente asunto, la gerente le hizo solo 5 preguntas y por eso se dio por terminado el vínculo, sin enviarle citación, sin estar establecido un proceso preliminar, sin testigos, sin pruebas, por lo que en el contrato de trabajo estaba pactado en su cláusula 8 lo correspondiente a los 3 llamados de atención para poder haber dado por terminado el contrato de trabajo, sin que así hubiese ocurrido.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

La Sala debe determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras - dominicales y festivos, en caso afirmativo, determinar si hay lugar a reliquidar lo correspondiente a prestaciones sociales y vacaciones, indemnización moratoria y sanción por no consignación completa de cesantías.

De igual forma, habrá que determinarse, si se garantizó el debido proceso al demandante al momento del despido y si las conductas endilgadas son justas causas para dar por terminado el contrato laboral.

Frente a la existencia de la **relación laboral** entre el demandante y la demandada, la Sala no encuentra que haya controversia alguna, ya que fue aceptado por la demandada desde el momento de la contestación y así lo estableció el *a quo*, desde la fijación del litigio (CD- fl.187); por lo que se tiene que el demandante estuvo vinculado con la demandada desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el 12 de julio de 2016, desempeñando como último cargo el de coordinador técnico (fl. 13 y 84).

Precisado lo anterior, forzoso resulta para la Sala traer a colación lo normado en los artículos 158 a 159 así como el artículo 161 contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, este último con la modificación del artículo 20 de la Ley 50 de 1990, en los que establecen:

> *"(…) ARTICULO 158. JORNADA ORDINARIA.* ***La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan a las partes****, o a falta de convenio, la máxima legal.*
>
> *ARTICULO 159. TRABAJO SUPLEMENTARIO. Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.*
>
> *(…)*
>
> *ARTÍCULO 161. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>* ***La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana,*** *salvo las siguientes excepciones:*
> *(…)*
> *d) El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante* ***jornadas diarias flexibles de trabajo****, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En este, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m. (…)"* (negrilla fuera de texto)

De igual forma, se trae a colación lo normado en el artículo 162 del CST:

> *"ARTICULO 162. EXCEPCIONES EN DETERMINADAS ACTIVIDADES.*
>
> *1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:*
>
> *a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo; (…)"*

Por lo anterior y descendiendo al caso *sub examine*, se observa que en el acuerdo de voluntades que milita a folios 11 y 12 del expediente, el cargo por el que se contrató inicialmente al trabajador correspondía al de **–Conductor- Almacenista-,** consignándose en la cláusula décima lo siguiente *"(..) el trabajador* ***conoce y acepta*** *que como el* ***oficio*** *a desempeñar es de* ***dirección, confianza y manejo****,* ***no está sometido a horario****, pues es su responsabilidad cumplir a cabalidad sus funciones (..)".* (negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, a la primera conclusión que llega la Sala, es que el cargo para el que fue contratado el actor no clasificaba dentro de los de dirección, confianza y manejo de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del CST, así como tampoco se consignó cláusula adicional, un deber u obligación que permitiera inferirlo de esa manera, lo único que obra como prueba, es lo manifestado por las testigos Vanessa Bernal y Elsy Luis, que hicieron referencia que el demandante era la *" mano derecha de la gerente"*, sin que esas manifestaciones tengan la fuerza suficiente para concluir que en efecto así ocurrió, aunado al hecho, que el ingreso de las deponentes como trabajadoras a la sociedad demandada se dio con posterioridad a la suscripción del acuerdo de voluntades (ingresos para el año 2012 y 1014, respectivamente), por lo que no existen los elementos probatorios suficientes para concluir que el demandante fungió como representante del empleador, aunado a lo manifestado por la testigo Vanessa Bernal, que para el año 2012 cuando ingresó a la compañía, las labores que desarrollaba el demandante inicialmente era de auxiliar de bodega y que posteriormente fungió coordinador técnico, sin precisar puntualmente para cuando se dio ese cambio de cargo, pues si bien se allegó certificado expedido por el empleador con fecha 24 de junio de 2016 y 25 de junio de 2018 (fl. 13 y 84), en el que deja constancia que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de coordinador técnico, no se consignó nada referente desde cuando ostentó dicha calidad.

Precisado lo anterior, y si bien el actor en sus motivos de disenso insiste que lo pactado por las aquí partes fue una jornada ordinaria laboral que se adelantaba de lunes a viernes de 8 am a 5pm, incluyendo los días sábados, lo cierto es que nada se probó y acordó al respecto (art. 158 CST) y lo consignado en el acuerdo de voluntades primigenio, corresponde a una clausula ineficaz, por lo que claramente, ante la falta de estipulación, la jornada que debía adelantar el demandante era la máxima legal (art. 161 CST) y así se probó en el presente asunto, en el que se demostró adicionalmente que el actor laboró bajo la excepción contenida en su literal d) (jornada diarias flexibles de trabajo), conforme se expone a continuación:

- Manifestó en interrogatorio de parte la representante legal que, el trabajador demandante tenía una jornada flexible laboral ya que los mantenimientos de las maquinas ubicados en los cinemas solo podía realizarlos en la mañana, algunos pedidos los podía entregar en horas de la tarde y que la ruta se organizaba a efectos de cumplir con esa flexibilización, por lo que muchas veces podía laborar menos de 48 horas a la semana pero aun así le cancelaban el salario completo, que contaba con la potestad de ir o no a la oficina y si terminaba antes podía irse para su casa.

- La deponente Vanessa Bernal, indicó que ella casi siempre le programaba la ruta al demandante que el canal de comunicación con los cinemas iniciaba por ella, ya que eran sus clientes y atendía sus necesidades, por lo que el actor tenía que presentarse a los cinemas entre las 6 am o 7 am cuando tenía que realizar los mantenimientos de la maquinas y que el resto de la ruta se lo programaba de forma sectorizada, esto es para que el demandante no tuviera que realizar desplazamientos de sur a norte o de norte a sur o de sur a Cajicá, que en algunos días se dedicaba a solo realizar instalación y/o mantenimiento o instalación de máquinas y otro días solo entregaba los pedidos a los cinemas, que muchas veces las labores las podía terminar entre 3pm, 4pm o 5pm y que de ahí podía irse para la casa, que el horario del actor por tratarse de visitas no era fijo, y que los únicos que tenían horario de 8 am a 5pm eran los administrativos, agregó que en algunas ocasiones vio llegar al demandante a la bodega (empresa demandada) a las 8 am pero no siempre porque ella también laboraba por fuera de la empresa debido a su cargo de Coordinadora Comercial y de Mercadeo, que normalmente lo veía los lunes cuando ella también asistía a las instalaciones de la empresa y en el que acotó la imposibilidad de que este trabajara en la noche ya que los cinemas tenían gran afluencia de público para esa hora y que adicionalmente ella no recordó haberle programado un servicio en la noche y que máximo a las 5 pm podía entregar los pedidos a la confitería de los cinemas, porque los centros comerciales tienen una restricción para que los proveedores pudieran entregar fuera de las horas establecidas.

- La testigo Elsy Luis, también indicó que ella era auxiliar administrativo y su labor siempre la desarrolló de manera presencial en las instalaciones de la empresa ICEE, que las funciones el demandante las realizaba afuera, más exactamente en los cinemas ubicados en los centros comerciales, dedicándose al arreglo y mantenimiento de las maquinas en las salas de cine junto con la entrega de pedidos del producto, que las rutas se las organizaba Vanessa Bernal – Coordinadora Comercial-y que le podían programar el arreglo de una maquina a las 6 am o 7am y que después de desarrollar sus labores podía no volver a la empresa, que no tenía la obligación de presentarse todos los días y que no todos los días el demandante asistía a las instalaciones, que podía trabajar hasta las 4 pm o 6 pm, que era relativo el horario.

Aunado a lo anterior, se allegó al infolio los memorandos, citaciones a descargos y llamados de atención en los que se consignó lo siguiente:

- Memorando de fecha 22 de agosto de 2014, *"(..) la presente con el fin de hacer llamado de atención por el incumplimiento de su horario de trabajo el día 22 de agosto de 2014, la hora de llegada fue a 8:40 am. Nuevamente nos permitimos recordarle que su horario de ingreso laborales a las 8 am. O en su defecto el acordado el día anterior por el cumplimiento de alguna actividad programada de acuerdo a sus funciones (..)"* (fl. 86)

- Memorando con fecha 05 de marzo de 2014, *"(..) Sírvase comparecer ante el Coordinador Administrativo y financiero el día 7 de abril de 2014 a las 9:30 am, con el fin de rendir descargos sobre el incumplimiento en el horario programado para actividades laborales en que citan al demandante a descargos, ante el incumplimiento en el horario programado para actividades laborales* –(fl. 87).

- Ampliación de hechos, fecha 7 de abril de 2014: *"(..) con el fin de entregar su versión de los hechos ocurridos consistentes en el incumplimiento de su hora de llegada a trabajar los días el 3 de abril, debía llegar a la Sala de Cine Colombia multiplex Santa Fe Bogotá a*

las 6:00 am y el día 4 de abril a la oficina de Icee Colombia a las 7:00 am de acuerdo al horario acordado. (..) PREGUNTA: ¿Sabe usted por qué hechos fue citado? RESPUESTA: por la no llegada a Santa Fe y a la oficina en los horarios que me habían solicitado. PREGUNTA: ¿Qué tipo de horario maneja usted? RESPUESTA: Es horario Flexible de acuerdo a las necesidades y requerimientos de la compañía. PREGUNTA: ¿Por qué no se presentó a laborar el día 3 de abril a las 6:00 am como se había solicitado? RESPUESTA: El día 3 de abril llegue unos minutos después por problemas de Transmilenio. PREGUNTA: ¿Cuantos minutos después? RESPUESTA: Exactamente 35 minutos. (..) PREGUNTA: ¿Por qué no se presentó a laborar el día 4 de abril de 7:00 am como se había solicitado? RESPUESTA: exactamente es una odisea pasar la Villas. PREGUNTA: Cuantos minutos después llegó el 4 de abril a la bodega Icee Colombia RESPUESTA: Exactamente a los 32 minutos llegue a las 7:32 am PREGUNTA: Usted sabía que habían que tenía (sic a lo transcrito) *que llegar el día 4 de abril a las sala a las 7 am. RESPUESTA: Si lo tenía claro. PREGUNTA: ¿Había recibido anteriormente llamados de atención verbal por las llegadas tarde? RESPUESTA: Si uno se pone a retroceder muchísimas veces me han llamado la atención por esta razón (..)"* (fls. 88 a 90)

- Llamado de atención al demandante, fecha 27 de enero de 2015: *"(..) La presente con el fin de hacer llamado de atención por su continua llegada tarde a la oficina, esta situación se ha revisado verbalmente en varias oportunidades, el día de hoy usted llegó a las 8:26 am (..)"* (fl. 92)

- Llamado de atención al actor, fecha 13 de abril de 2015: *"(..) me permito hacer llamado d atención, por el incumplimiento a su horario el día 13 de abril de 2015, llegando a las 8:25 am (..)"* (fl. 93)

- Llamado de atención al demandante – 25 de febrero de 2016: *"(..) me permito hacer llamado d atención, por el incumplimiento a su horario el día 25 de febrero de 2016, llegando a las 8:40 am (..)"* (fl. 96)

Así las cosas y conforme al acervo probatorio traído a colación, resulta inequívoco concluir que la jornada de trabajo adelantada por el trabajador era flexible, pues así lo ratificó el demandante en la diligencia de ampliación de hechos llevada a cabo el 7 de abril de 2014, indicando puntualmente que su jornada laboral era flexible, que dependía de las necesidades y requerimientos de la compañía, acotando adicionalmente, que tenía un turno que adelantar a las 6 am y llegó posterior a ello, que otro día fue citado a las instalaciones de la sociedad demandada a las 7 am de la cual también llegó tarde; situación que guardó plena concordancia con lo manifestado por la Coordinadora Comercial y de Mercadeo – Vanessa Bernal-, afirmando que ella programaba los turnos del actor desde las 6 am previa concertación con el cliente, situación que a su vez también manifestó el demandante en interrogatorio de parte cuando afirmó que las veces en que debía viajar su jornada laboral iniciaba a las 4 am, pero que normalmente en Bogotá su jornada laboral iniciaba a las 8 am.

Ahora, debe precisarse que no desconoce la Sala que los memorandos y llamados de atención relacionados en precedencia, hacen alusión con relación a llegadas a trabajar después de las 8 am, no obstante debe indicarse, que dicha situación no modifica la conclusión a la que se ha llegado en el presente asunto, pues no puede pasar por inadvertido, que las funciones que realizaba el trabajador las adelantaba fuera de las instalaciones de la empresa, que no solo se dedicaba a la entrega de pedidos en el vehículo que manejaba, sino también realizaba los mantenimientos de las máquinas, en los que puntualizó la testigo Vanessa Bernal, que los clientes preferían realizar el alistamiento de las maquinas temprano en la mañana, cuando aún no tenían afluencia de público en las sala de cine.

No obstante lo anterior y el hecho que el demandante haya realizado una jornada laboral flexible, no es sinónimo que en esta se encuentre incluido lo correspondiente a horas extras o trabajo dominical en los términos referidos por el recurrente y, contrario a lo considerado por el *a quo* en el que precisó, que en el presente asunto no había quedado demostrado que el demandante adelantara una jornada superior a la máxima legal, ya que conforme a la documental que milita a folios 104 a 113 del expediente, se observa que el demandante solicitó a la demandada a partir de febrero de 2013 el pago de

días compensatorios, por tiempo adicional trabajado y por días laborados en domingos y/o festivos, y que los mismos la demandada los cancelaba "pagaba" con días, conforme se extrae a continuación:

Documento demandante	Folios	Contenido	Respuesta demandada/comunicación dirigida al demandante
correo electrónico de fecha 20 de diciembre de 2013 remitente demandante dirigido a la demandada	104 a 105	Solicita días de compensatorio pendiente en la ciudad de barranquilla para los días 29, 30 y 31	Le concede los días solicitados para los días 28, 30 y 31 de diciembre de 2013, por los días trabajados en la instalación de las máquinas en la ciudad de Ibagué, barranquilla, montería y Bogotá el 25 de diciembre de 2013
correo electrónico de fecha 18 de febrero de 2015 remitente demandante dirigido a la demandada	106 a 107	solicitud de pago de días compensatorios a partir de 23 de febrero de 2015	Le concede los días compensatorios por horas extras y dominicales entre 4 de septiembre de 2014 al 11 de febrero de 2015, indicándole que el 14 de febrero de 2015 ya lo había disfrutado y le otorgó los días desde el 23 hasta el 27 de febrero de 2015 y afirma quedar al día
carta remitida por el demandante a la demandada el 21 de mayo de 2015	108 a 109	solicita pago de tiempo extra con corte al 11 de mayo de 201 5, solicita como día compensatorio para el día 25 de mayo de 2015	Le concede el día 25 de mayo de 2015, y le indica que queda al día del periodo comprendido entre 12 de febrero a 09 de mayo de 2015
sin solicitud previa del demandante	110 a 113		* Por tiempo adicional laborado entre el 13 de agosto al 31 de octubre de 2015 y que le han dado un tiempo compensado para los días 22 de agosto de 2015, 28 de septiembre de 2015, 14 de noviembre de 2015. *Por tiempo adicional laborado entre el 31 de octubre de 2015 al 28 de diciembre de 2015 y le otorgan por días compensatorios los días Jueves 24 de diciembre de 2014, 29 de diciembre de 2015 y 5 de diciembre de 2015. *Por tiempo adicional laborado entre el 01 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2016 y en el que le compensan los días 05, 08, 12 y 26 de marzo de 2016. *Por tiempo adicional laborado entre el 01 de abril de 2016 al 30 de junio de 2016 y en el que le compensan 3 días 16, 18 y 30 de abril de 2016.

En ese orden de ideas, resultó errado que la demandada considerara que tenía saldada su deuda con el trabajador con relación a trabajo

suplementario, manifestando que había pagado mediante compensatorios, situación que si bien las testigos Vanessa Bernal y Elsi Luis indicaron que como era esporádico las veces que se extendían las jornadas laborales, se acostumbraba su pago mediante la concesión permisos en los días en que los trabajadores necesitaran, no obstante dicha situación es totalmente contraria a la Ley tal y como lo expuso el actor en sus motivos de disenso, toda vez que la norma no prevé esa situación, por el contrario al ser las horas extras y los trabajos adelantados en dominicales y festivos constitutivos de salario, estos deben ser tenidos en cuenta para el pago de prestaciones sociales y vacaciones.

Ahora bien y pese a que es claro que el demandante causó horas extras y trabajó algunos dominicales y festivos, lo cierto es que el demandante omitió relacionar de manera puntual y detallada las horas extras laboradas junto con los días de la semana en que puntualmente las adelantaba, así como tampoco relacionó los domingos y festivos que trabajó en el mes, omitiendo adicionalmente precisar si eran esporádicos o habituales, limitándose única y exclusivamente a relacionar un rubro por concepto de "horas extras" ($6.712.500-fl 42) sin puntualizar que periodos tuvo en cuenta para realizar dicho cálculo, ni mucho menos aportó las operaciones aritméticas efectuadas en la que arrojó la suma relacionada, aunado al hecho, que nada se logra extraer de la situación fáctica contenida en el libelo introductor, ya que solo indicó que iniciaba una jornada adicional después de las 5 pm pero sin puntualizar hasta que hora estaba disponible o hasta que hora adelantaba las labores encomendadas por el empleador, así como tampoco nada se logra extraer nada del interrogatorio de parte que absolvió el demandante, ya que solo indicó que "muchas veces" adelantaba sus labores hasta las 10 pm u 11 pm y que cuando viajaba lo realizaba los domingos y festivos, sin puntualizar nada sobre el particular.

En ese orden de ideas, debe precisar la Sala que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las horas trabajadas en jornada suplementaria, sin que esta situación guarde relación a la carga de la prueba, ya que es postura de la Sala que en los supuestos como los aquí planteados se invierte la carga

probatoria para analizar lo correspondiente, por lo que independientemente que no se haya aportado las planillas de ingreso y salida del vehículo que manejaba el actor o las hojas de ruta, planillas, entre otros medios probatorios que reclamó en la apelación, su omisión procesal no quedaba subsanada con dicha documental, ya que su deber recaía en indicar de forma diáfana y cristalina, como realizó la liquidación, los periodos y horas tenidas en cuenta, por lo que al limitarse a realizar súplicas generales y abstractas, lesionan derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

Por lo anterior y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **confirmará** la decisión de primera instancia **frente a este tópico**, pero por las razones aquí expuestas.

Debido proceso al momento del despido

Debe resaltarse que la jurisprudencia citada por el *a quo*, en efecto ha sido criterio de vieja data por parte de la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, como bien lo arguyó en su decisión, sin embargo, esta Sala de decisión ha considerado que las garantías al momento del despido deben estar basadas en principios constitucionales, pues la Carta Política establece que Colombia es **un Estado** social de derecho, organizado en forma de República, **fundada** en el respeto de la dignidad humana, y **en el trabajo** y que son **fines esenciales del Estado**: entre otros, servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los** principios, **derechos** y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan** y **en la vida económica** y la vigencia de **un orden justo.** Que es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar** y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser del

Estado, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución. Igualmente, el trabajo es tratado como un derecho y además como fundamental, esto implica que toda persona tiene derecho al trabajo y por ende a su estabilidad en el mismo. **Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación**.

Por ello se aprobó la ley 319 de 1996, que en su artículo 7°, señala que toda persona goce del trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado debe garantizar, de manera particular, a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. Y que, En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Lo anterior, significa que la estabilidad en el empleo es un derecho y que para conservar el empleo se debe interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales, significando que dado la naturaleza de la relación laboral entre el trabajador con empleador y para garantizar este derecho, ello no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa, siendo coherente con las normas y principios constitucionales.

De tal modo, que debe prevalecer el principio de estabilidad en el empleo, pues el empleador con la facultad unilateral de terminar el vínculo laboral, en forma simple, contrasta en parte con este derecho, al tenor de lo dispuesto en las normas legales laborales, referentes a la terminación del vínculo laboral en forma unilateral dándole una facultad omnímoda del empleador al darlo por terminado, pues además se viola el derecho y principio al debido proceso y derecho de defensa cuando éste simplemente le imputa una justa causa, al trabajador sin que el trabajador en este caso, no pueda tener conocimiento previamente del hecho imputado, ni permitírsele el derecho de defensa, pues tal como aparecen las normas de tipo legal, solo le permiten efectuar unos descargos, en forma muy precaria, sin que en la práctica se le permita tener conocimiento, previo, del hecho imputado y cuando es llevado improvisadamente, a que rinda descargos, es

decir, que no se le permite tener oportunidad de conseguir pruebas y se le otorgue un término para que efectúe su defensa, sino que mecánicamente se le convoca a rendir descargos en efecto, se viola el principio de estabilidad en el empleo y al debido proceso y el derecho de defensa directamente, cuando se aplican las normas de tipo legal (CST).

Lo anterior, atenta contra el principio de que toda persona tiene derecho a intervenir en los actos que los afectan, es decir, se le debe facilitar la participación de todo trabajador en las decisiones que los afectan en su vida económica, pues la constitución política lo establece y además consagra la vigencia de un orden justo, es decir, no puede existir un orden injusto, se proscribe la injusticia y con más razones en las relaciones de trabajo, dada las condiciones de inferioridad que existen en dichas relaciones, en una de las partes, contrastando con la protección especial que se establece en las diferentes normas constitucionales respecto al derecho al trabajo y su protección en todas sus formas.

De acuerdo con lo anterior, implica y se concluye que si no se ha pactado un procedimiento previo para ejercer el debido proceso y el derecho de defensa, cuando se le imputa una justa causa al trabajador, es consustancial establecerlo en forma elemental, por ello, es necesario que se otorgue al trabajador, el conocimiento previo de la justa causa y se le otorgue un término razonable para preparar su defensa y se le oiga las razones de su actuación, ello en forma previa, antes de que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, pues de no ser así no se garantiza el derecho al trabajo, ni la estabilidad en el empleo, pues la oportunidad de la defensa y del debido proceso posterior, en un proceso judicial, no garantiza su estabilidad como debiera ser, porque lo importante es, que el trabajador pueda defenderse previamente, antes de que sea despedido, para que en caso de que logre igualmente justificar su actuación, pueda conservar su empleo.

Es que simplemente el concepto de descargos de que habla la norma no se puede interpretar en forma simplista sin ninguna connotación sustancial del debido proceso y en específico del derecho a la defensa, pues implica el

poder refutar con medios probatorios la acusación de la comisión de los hechos constitutivos de la justa causa y obvio que implica el conocimiento previo y poder tener la oportunidad de tener todas las condiciones para poder refutar o descargar las acusaciones y ser oído previamente.

Si bien, el despido no es un hecho disciplinario, ni una sanción, es un hecho mucho más grave, que el mismo hecho disciplinario, pues trae como consecuencia fatal, la pérdida del empleo de su estabilidad, de su ingreso y de su opción de vida, es decir, tiene consecuencias nefastas para la vida y la de la familia del trabajador y de todas maneras implica la imputación de un hecho generador, del cual es tan natural que el trabajador tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente y previamente, para que pueda tener la oportunidad de conservar el empleo en caso de que exista una justificación y no de lanzarlo al desempleo y que viva las consecuencias de que tenga que soportar un proceso judicial, sin que tenga la seguridad de obtener nuevamente un trabajo, dadas las condiciones del país.

Por ello resulta una obligación tanto del empleador como de los autoridades públicas tal como lo señala la Constitución Política que es deber de los nacionales (y entre ellos los empleadores) y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y por ende si ello es así, entre sus normas la protección al trabajo y su estabilidad y ello genera la consecuencia de adaptar necesariamente las normas legales a los principios y valores constitucionales, por ello resulta razonable la aplicación práctica del principio del debido proceso y derecho a la defensa, previamente a favor del trabajador, por lo menos para que lo ejerza y si el empleador no encuentra razonable los argumentos y justificaciones que haga el trabajador, pueda efectuar el despido, obviamente, con la posterior verificación por la justicia ordinaria, en forma objetiva de la tipicidad de la justa causa invocada, si el trabajador así lo decide.

Por ello se considera que necesariamente se debe establecer previamente un procedimiento para que se pueda ejercer el debido proceso y el derecho de defensa en un caso de despido con justa causa, ya que este es un principio y un derecho aplicable directamente y en forma razonable se puede aplicar por el empleador dándole la oportunidad al trabajador de que efectúe sus

descargos, en forma adecuada a las circunstancias particulares del caso imputado. Este derecho se pregona, en el artículo 29 de la C P., como aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales, como administrativas y si bien no se precisa que también se deba aplicar en las actuaciones entre particulares, lo cierto, es que la misma constitución política en otra norma si lo establece al señalar que se debe facilitar la participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan en su vida económica, desprendiéndose este derecho del artículo 2° de la C.P, igualmente del artículo constitucional de que todos los ciudadanos nacionales deben cumplir la Constitución y de la misma carta política que establece el deber de los particulares y del Estado de cumplir con los deberes sociales y de la concertación al establecerlo como principio mínimo fundamental del trabajo, en el sentido de que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia **C 299 de 1998**, que se refirió al debido proceso y el derecho de defensa, en una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo y extendiendo ese mismo derecho en la sentencia **T 546 de 2000** a las demás causales de terminación del contrato de trabajo, y aunque aparentemente se haya interpretado consecuencialmente de otra manera, en la sentencia **SL 2351 de 2020**, de la Sala laboral de la Corte suprema de justicia, en el fondo se trae a cuento en ella la esencia de dicha protección.

Si bien, la norma laboral no consagra como tal la citación a descargos, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la sentencia C-299 de 1998, se reconoció la posibilidad al trabajador para ejercer su derecho de defensa frente al empleador, con anterioridad a la ejecución de la decisión de terminar o no el contrato de trabajo; en este sentido, el empleador tiene la obligación de darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, más aún cuando lo pretendido es dar por terminada la relación laboral, nótese que dentro de la legislación laboral existe un procedimiento para las sanciones disciplinarias contenido en el artículo 115 del CST, el cual obliga al empleador a darle la oportunidad a los trabajadores de ser oídos sobre las causas imputadas y en caso de no

hacerlo la sanción impuesta no genera efecto alguno, entonces si es así para una sanción disciplinaria, por qué no permitirle al trabajador bajo dichos postulados ser escuchado previamente a su despido, cuando la consecuencia es aún más gravosa, por tales consideraciones se vulneran los derechos constitucionales del trabajador cuando previamente al despido no se le permite ejercer su derecho de defensa.

Criterio que se encuentra unificado por la Corte Constitucional en sentencia SU 449 de 2020, en la cual se indica:

> *"(…) Se debe garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada".*
>
> *"En todo caso, el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso (…). Esto implica que, si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores**, ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada**."*

Como bien se precisa en la sentencia en cita, se garantiza el debido proceso del trabajador cuando se le permite ser oído y poder dar una versión de los hechos, sin que ello signifique que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.

Al ser revisado el material probatorio, obra a folio 115 del expediente citación de aclaración dirigida la demandante por no realizar "sus labores diarias asignadas", notificado al actor para esa misma fecha, como consta de la firma de la testigo Elsy Luis, pues se indica que el señor CASTILLO ANGULO no quiso firmar el recibido de dicha citación, así mismo, se puede ver que la

misma establece textualmente: *"(..) por favor presentarse ante la Gerencia de Icee Colombia el día sábado 09 de julio de 2016 a las 9:00 am, con el fin de rendir aclaración donde presuntamente no realizo sus actividades diarias asignadas durante su jornada laboral el día 8 de julio de 2016 ".*

Conforme a lo anterior, es evidente que el empleador puso en conocimiento previamente al actor sobre los motivos por los cuales se procedía a adelantar un proceso disciplinario en su contra, consistente en que el día inmediatamente anterior se sustrajo de realizar las labores propias de su cargo, por lo cual se considera que se le dio un tiempo razonable al actor para preparar su defensa.

Asimismo obra a folios 116 a 120, copia del acta de descargos y proceso disciplinario llevado a cabo el día 9 de julio de 2016, en donde previo a dar inicio a la diligencia, aceptó que conocía que podía ir acompañado por dos compañeros pero que estos no lo hicieron, a su vez le pusieron en conocimiento lo sucedido el día anterior (8 de julio de 2016) en el que le había sido asignada la ruta de entrega de pedidos en Cinepolis- Fontanar; Cinecolombia – Centro Chía; Cinemark Floresta; Cinemark Mi centro; Ankal; Cinemark –Atlantis, rehusándose a realizar la ruta y en el que aceptó su responsabilidad en los hechos.

De manera que, no encuentra la Sala que se hubiere trasgredido el derecho de defensa y contradicción del actor en los términos esbozados por el recurrente, pues quedó en evidencia que contó con un proceso disciplinario acorde, tanto así que la finalización del contrato no se dio de manera inmediata una vez rendida la diligencia de descargos, por el contrario aun cuando no se había tomado la decisión de terminación del vínculo, el actor se presentó a trabajar para el día 11 de julio de 2016 a las 9:00 am, por lo que se citó a un nuevo proceso disciplinario para ese mismo día, sin que se presentara a la diligencia ni tampoco manifestó la justificación de la ausencia, concluyendo la Gerente que ante la falta de justificación de la conducta del demandante, invocó las dos situaciones fácticas y dispuso a dar por terminado el contrato laboral con justa causa, carta que fue presentada al actor el día 12 de julio de 2016.

Terminación del contrato sin justa causa

En la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa emitida por ICEE COLOMBIA SAS, se lee que la decisión se tomó invocando los numerales 2° y 6 ° contenidos en el CST y como previamente se describió el hecho que motivo como tal el despido, fue el ocurrido el día 8 de julio de 2015, el cual consistió en haberse sustraído el actor de cumplir las obligaciones propias de su cargo y que correspondía en realizar la entrega de los pedidos a los clientes -*Cinepolis- Fontanar; Cinecolombia – Centro Chía; Cinemark Floresta; Cinemark Mi centro; Ankal; Cinemark –Atlantis-* ante el incidente que se presentó el día anterior tal y como lo expuso el actor en su interrogatorio de parte en el que le indicó que el 7 de julio de 2016 se le dañó la tarjeta del parqueadero y que le cobraron $20.000 y que por ello llamó a la empresa a informarles que no tenía el dinero, por lo que le indicaron que por favor los prestara y que después se lo rembolsaban y como no contaba con ese dinero le tocó salir a buscarlo, afirmó que al día siguiente (8 de julio de 2016), la gerente no le entregó el vehículo de entrega de pedidos y que por eso no había realizado sus labores.

Por su parte, la representante legal de la sociedad demandada, indicó que para el 7 de julio de 2016, el actor estaba haciendo una entrega de pedido en San Rafael y que el demandante llamó a informar que se le había dañado la tarjeta del parqueadero y solicitó le enviaran el dinero, que ella le había indicado que no, teniendo en cuenta que el daño no era responsabilidad de la empresa y que al día siguiente (8 de julio de 2016) al no reembolsarle el dinero, este se negó hacer la ruta de entrega de pedidos que le había sido programada, generando que no se pudiera entregar los pedidos a los clientes a tiempo y con ello su molestia.

Por su parte, la testigo Elsy Luis, indicó que ella estaba presente en el momento en que el demandante el día 8 de julio de 2016, solicitó el pago del daño de la tarjeta del parqueadero por $20.000 que este había asumido el día anterior y se le indicó que no se iba reintegrar, por lo que acto seguido, manifestó que hasta que no se la pagaran ese dinero no movía el carro y que por ello no había desarrollado su labor.

Respecto al hecho endilgado el señor CASTILLO ANGULO manifestó en diligencia de descargos que para el 8 de julio de 2016 tenía todo listo para realizar las actividades asignadas, no obstante cuando preguntó por el pago del dinero del incidente presentado en el Centro Comercial San Rafael el 7 de julio de 2016, no le fue reembolsado y entonces al no tener ese dinero no movió el carro, que si tenía conocimiento de las rutas de entrega de pedidos que tenía que realizar para ese día, pero que no las había realizado al sentirse robado, que estaba pidiendo lo justo, que no obstante empezó a realizar otras actividades correspondientes a una revisión de repuestos, válvulas, capacitores y limpió las herramientas, que esta labor la adelantó ese día sin la instrucción previa de nadie y que estaba defendiendo sus derechos y que el hecho de no haber movido el carro y haberse sustraído de la entrega de pedido, fue por la decisión que tomó la gerencia al convertir un problema sencillo en uno muy grande, aceptando finalmente, la responsabilidad en los hechos manifestados en la diligencia.

Analizado en conjunto el material probatorio, debe decirse que la parte demandada logró acreditar que en efecto se dio una justa causa para dar por terminado el contrato laboral del demandante, pues quedó comprobado que incurrió en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 62 del CST, la cual consiste en "*2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo*" y "*6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos*", obligaciones art. 58-Num. 1 CST "*1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido*. y prohibiciones art. 60 Nums. 4 y 5 " *4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo. (..) 5. Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o*

mantenimiento, sea que participe o nó en ellas", obligaciones y prohibiciones que también se consignaron en la misiva de terminación y que se dio ante su acto de insubordinación para el día 8 de julio de 2016, cuando ya tenía programada una ruta de entrega de pedidos de clientes de ICEE COLOMBIA y de forma deliberada decidió sustraerse de realizar las actividades propias de su cargo, aun cuando solo existía un solo vehículo de entrega de pedidos en la empresa, pues así lo indicaron las testigos Elsy Luis y Vanessa Bernal. Téngase en cuenta que si bien plasma su defensa, que no tenía porque haber asumido el pago de la tarjeta del parqueadero conforme al incidente presentado el día 7 de julio de 2016, lo cierto es que no podía tomar una vía de hecho para obtener el pago de lo que creyó que legalmente le correspondía y en el que reconoció adicionalmente, tanto en diligencia de descargos e interrogatorio de parte, que la suma reclamada por $20.000 no la necesitaba para realizar las labores programadas para el 8 de julio de 2016.

Ahora bien, es importante precisar que si bien en el escrito de terminación se consignó adicionalmente que para el 11 de julio de 2016 el actor no se presentó a laborar a las 8 am sino a las 9 am y que por tal motivo le iniciaban otro proceso disciplinario sin presentarse a la diligencia programada con justificación de su ausencia, lo cierto es que resulta claro para la Sala que con el primer motivo fundado para dar por finalizado el contrato de trabajo por justa causa, resultó suficiente, por lo que no se comparten los argumentos esbozados en la apelación con relación que su terminación se dio por ese motivo; precisándose adicionalmente que tampoco tenía la demandada que acudir a lo establecido en la clausula 8° consignado en el acuerdo de voluntades primigenio, al haber invocado una causal consignada taxativamente en la Ley.

Así y sin más consideraciones habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

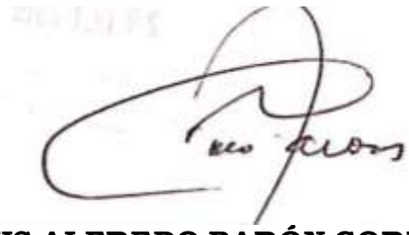
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: **COSTAS** a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

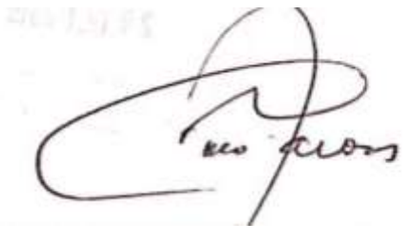


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de $300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLOR DEL CARMEN BUITRAGO CUESTA contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **FLOR DEL CARMEN BUITRAGO CUESTA,** se **declare** la nulidad de la afiliación en pensión al RAIS realizada a través de PORVENIR en septiembre de 2000, ante el incumplimiento de los deberes legales de información los cuales generó un error que vició el consentimiento, así como las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, se **declare** que se encuentra afiliada al RPMPD, que es beneficiaria del régimen de transición, que tiene derecho a que su pensión se reconozca bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990. Como consecuencia, se **condene** a PORVENIR a registrar en el sistema que esa afiliación estuvo viciada de nulidad por error de hecho y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital incluidos los rendimientos, se

condene a COLPENSIONES a activar la afiliación y actualizar la historia laboral, asimismo, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumplió el último requisito, como beneficiaria del régimen de transición y de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, se **condene** en costas y agencias en derecho a la demandada y se condene en uso de las facultades ultra y extra petita (fl.3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 8), señaló en síntesis, que nació el 11 de diciembre de 1957 y que cotizó para pensión a través de diferentes empresas privadas, que en septiembre de 2000 se afilió al RAIS a través de PORVENIR y que para esa data había cotizado un total de 814 semanas, conociendo adicionalmente su promedio salarial, sin informarle las implicaciones del traslado, la naturaleza propia del régimen de capitalización, las ventajas y desventajas, comparativos pensionales, no le sugirió que se quedara en el RPM, por lo que posteriormente decidió contratar una asesoría y se dio cuenta que había sido engañada, por lo que procedió a solicitar información así como la nulidad ante PORVENIR y por parte de COLPENSIONES solicitó activación de la afiliación, peticiones que fueron negadas por las demandadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 99 a 103), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 6.1 a 6.3, 6.17 y 6.19, no ser cierto el numeral 6.4 y constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, falta de reclamación administrativa Art. 6 CPTSS, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 131 a 139), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 6.1, 6.11, 6.16 y 6.18; no constarle los numerales 6.2, 6.4, 6.15 6.17 y 6.19, en cuanto a los demás manifestó no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones

demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de agosto de 2019 (CD – fl. 191), **declaró** la nulidad del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 25 de julio de 2000, por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR, en consecuencia, **declaró** como afiliación valida las RPMPD administrado por COLPENSIONES, **condenó** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez o sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual, **condenó** a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante y **declaró** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y como consecuencia le es aplicable las disposiciones contenidas en el acuerdo 049 de 1990, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de octubre de 2013, obteniendo el IBL del art. 21 de la Ley 100 de 1993 que no podrá ser inferior al SMMLV, con una tasa de reemplazo del 90% y por 13 mesadas al año , autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos en salud, **declaró no probados** los medios exceptivos propuestos y **condenó** en costas a los demandados.

Como **fundamentó su decisión,** indicó el *a quo* que se encontraba probado la afiliación en el RPM en el año 77, así como que en julio de 2000 había suscrito el formulario de afiliación con HORIZONTE y finalmente en septiembre de 2005 suscribió formulario de afiliación en PORVENIR, con relación a la nulidad reclamada, trajo a colación lo correspondiente al deber de información precisado por la CSJ, así como los interrogatorios de parte de la representante legal de PORVENIR, así como de la demandante, por lo que valorado el acervo probatorio indicó que PORVENIR no cumplió con el deber de información, independientemente que se haya allegado el formulario de afiliación, esta no acreditaba lo correspondiente a dicho deber, procediendo a declarar la nulidad de traslado.

Ahora bien, con relación a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que indicó que la actora al 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y era beneficiaria del régimen de transición en principio, trayendo a colación el acto legislativo 01 de 2005, por lo que una vez realizado el computo de semanas de lo cotizado tanto en el RPM como en el RAIS hasta el 29 de julio de 2005, concluyó que contaba con la densidad de semanas, hasta el 31 de diciembre de 2014, trayendo a colación la normatividad bajo el acuerdo 049 de 1990 e indicó que la actora había realizado aportes hasta septiembre de 2013, por lo que reconoció la prestación a partir del 1 de octubre de 2013, no se precisó lo correspondiente a la mesada ante la falta de prueba con relación a la totalidad de los salarios devengados.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, indicando que en el presente asunto no había quedado demostrado los vicios del consentimiento, por lo que no había lugar de declarar la nulidad, aunado al hecho que la demandante es economista y tiene conocimientos financieros y matemáticos por lo que podía tener información de manera directa con relación al traslado de régimen realizado, asimismo solicitó tener en cuenta lo correspondiente a la prescripción, por otro lado en cuanto a los gastos de administración no podían deducirse, ya que no se solicitaron en la demanda y violaba el principio de congruencia, en el que adicionalmente va en contravía de lo establecido en la normatividad los cuales son destinados para los conceptos de la pensión de invalidez, sobrevivientes y para el manejo de la cuenta de ahorro individual, por lo que al ordenar devolverlos generaría un perjuicio económico y enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, ya que se estaría haciendo acreedora de unos rendimientos financieros que nunca obtuvo en la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES, a su vez, **interpuso recurso de apelación**, solicitó se revocara la decisión tendiendo lo correspondiente a lo contemplado en el acto legislativo 01 de 2005 y solicitó dejar incólume lo correspondiente a los gastos de administración

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Horizonte hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual, en caso afirmativo, deberá determinarse si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS y el Juez de instancia así lo declaró en su parte resolutiva, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado

de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición,.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora FLOR DEL CARMEN BUITRAGO CUESTA el 25 de julio de 2000 (fls. 141), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de septiembre de 2000 (fls. 143), posteriormente se afilio a PORVENIR el 29 de septiembre de 2005 (fl. 142) con efectos a partir del 01 de noviembre de 2005 (fl. 142), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl. 140), efectuando cotizaciones en éste régimen desde agosto de 2000 a septiembre de 2013 (fls.154 a 158). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 18 de abril de 1977 agosto de 2000, en el que, si bien se observa cotizaciones realizadas con posterioridad, también registra observación de "aporte devuelto" "pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por Traslado" (fls. 108 a 114).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 141 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que indiquen sus argumentos de disenso su grado de escolaridad – economista- y su experticia en temas numéricos y/o matemáticos, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del

bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que así lo haya demostrado en el presente asunto; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Ahora bien, recurre PORVENIR S.A. lo correspondiente a los gastos de administración, que ordenó el *a quo* no fueran deducidos al momento de remitir la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, no obstante debe precisarse que dicha situación no es violatorio al principio de congruencia, ya que independientemente que no lo haya solicitado la actora en el libelo introductorio, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y está a cargo del ente de seguridad social, pues así lo precisó nuestro máximo órgano de cierre en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, por lo que los mencionados deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 35 del expediente aparece copia de la cédula de ciudadanía de la actora, donde se evidencia que nació el 11 de diciembre de 1957, acreditando al 1° de abril de 1994, 36 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición.

Ahora en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto para las personas que

estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta el año 2014.

Al constatar si la accionante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según la historia laboral de COLPENSIONES (fls. 27 a 32), junto con el reporte se PORVENIR (fls. 125 a 128), registra un total de **990,91** a esa data, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que la accionante es beneficiaria del régimen de transición en la forma antes indicada, se tiene que la norma aplicable es con al que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el Acuerdo 049 de 1990, que exige para acceder a la pensión, acreditar 60 años de edad el hombre y 55 la mujer, 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si cumple con los requisitos exigidos por la norma en cita para acceder a la pensión, se tiene que el 11 de diciembre de 2012 cumplió la edad de 55 años (fl. 35) y (CD. Fl. 180), junto con el reporte se PORVENIR (fls. 125 a 128), acredita un total de **1359.62 semanas** a septiembre de 2013, completando las 1000 con anterioridad al 31 de diciembre de 2014; tiempo que le permite acceder a la pensión deprecada.

En cuanto a la fecha de exigibilidad de la prestación y monto de la misma, teniendo en cuenta que del reporte de cotizaciones y compartiendo las consideraciones realizadas por el *a quo*, la pensión se reconocerá a partir del día siguiente en que la actora realizó el ultimo aporte pensional, esto es, a partir del 1 de octubre de 2013, cuyo IBL y tasa de remplazo se calcularán con base en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral o el de los últimos 10 años al no contar con la totalidad de las cotizaciones efectuadas durante

toda su vida laboral, para lo cual, dado el número de semanas cotizadas, aplicará una tasa de reemplazo del 90%.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada por el Juzgado 28 Laboral del Circuito, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y COLPENSIONES de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

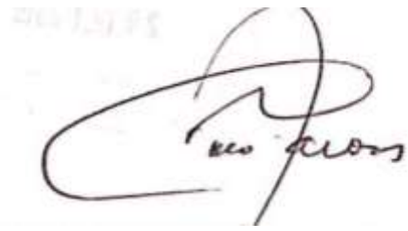
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada del 29 de agosto de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLEPNSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

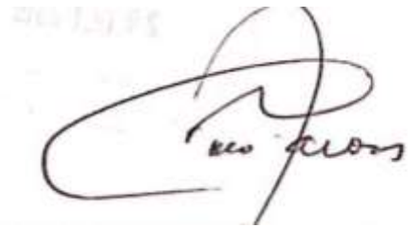


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos, por cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – JAVIER CORIA POSTIGO - contra – UPPER SIDE S.A.S –y solidariamente contra FELIPE ANDRÉS VILLACRES CIFUENTES, GREGOR POTSCHICK y CREAR CALLE 81 SAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JAVIER CORIA POSTIGO,** se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de agosto de 2012 y el 28 de marzo de 2017 con UPPER SIDE S.A.S., se **declare** que ese contrato que fue suscrito por la señora Aillen Sasson obrando en nombre y representación de la sociedad UPPER SIDE S.A.S. y en calidad de accionista gozó de plena validez y legalidad y que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de su empleador, que se **declare** que tiene derecho a percibir los beneficios convencionales, tales como prima extralegal de retiro, prima extralegal de servicios, que se **declare** que su empleador actuó de mala fe al cancelar de manera tardía la liquidación y se **declare** como solidariamente responsables a los señores FELIPE ANDRÉS VILLACRES CIFUENTES, GREGOR POTSCHICK y a la sociedad CREAR CALLE 81 S.A.S. en calidad de accionistas de la compañía. Como consecuencia, se **condene** a UPPER SIDE S.A.S en calidad de empleador y solidariamente a los mencionados accionistas, al pago de la prima extralegal de retiro y

proporcionalmente al pago de la prima extralegal de servicios, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST desde el 29 de marzo de 2017 y hasta el 21 de mayo de 2017, o de manera subsidiaria se indexen las sumas a cancelar, se **condene** bajo las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 7 a 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló en síntesis, que prestó sus servicios a la sociedad UPPER SIDE S.A.S entre el 01 de agosto de 2012 y el 28 de marzo de 2017, mediante contrato a término indefinido y que fue suscrito por la señora Aileen Sasson quien para la época desempeñaba los cargos de chef ejecutiva, cogerente, directora de comunicación y diseño de imagen así como de accionista de la compañía, quien tenía plenas facultades para suscribir el contrato de trabajo en su calidad de representante del empleador, agregó que es socio fundador de la compañía demandada, que ocupó el cargo de gerente general así como el de representante legal, por lo que tenía plenos poderes para suscribir contratos sin previo requerimiento de la asamblea de los accionistas. Acotó que la entidad demandada se creó en el año 2011 y posteriormente vendieron acciones, conociendo los accionistas las condiciones administrativas del contrato de trabajo, esto es su salario, antigüedad y los beneficios extralegales, que el último salario devengado correspondió a la suma de $12.228.138 y que para 28 de marzo de 2017 se le terminó el contrato individual de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, decisión que tomó la asamblea general de accionistas, designando como nuevo representante y gerente general al señor FELIPE ANDRES VILLARES CIFUENTES.

De igual forma, afirmó, que en el contrato de trabajo en la cláusula 5° se estableció el pago de beneficios extralegales, entre otros la prima extralegal de servicios y la prima extralegal de retiro y que durante la vigencia del contrato de trabajo se le canceló la prima extralegal de servicios, acotó que los accionistas conocieron todo lo relacionado a los beneficios extralegales, no obstante y luego de tardar más de tres meses para cancelar la liquidación, no le incluyó el pago de las primas extralegales anotadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CREAR CALLE 81 S.A.S contestó el introductorio (fls. 476 a 502), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 9 a 10, 17, numeral 16 parcialmente cierto, no constarle los numerales 14, 18, 30 a 32, no corresponder a un hecho los numerales 29 y 34 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del contrato de trabajo entre UPPER SIDE S.A.S y el demandante, inexistencia de las obligaciones pretendidas por el demandante, inexistencia de la obligación de cancelar al demandante prestaciones extralegales, buena fe de la demandada, compensación y prescripción y genérica.

UPPER SIDE S.A.S. contestó el introductorio (fls. 476 a 502), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 7, 9 a 10,14, 17 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas invalidez del contrato de trabajo celebrado en fecha incierta entre JAVIER CORIA POSTIGO y Aileen Margarita Sasson Ruíz, nulidad y/o inoponobilidad del contrato de trabajo entre Javier Coria Postigo como trabajador y Aileen Margarita Sasson Ruiz como supuesta autorizada del empleador, por incumplimiento a los deberes impuesto en la ley 222 de 1995, lo consagrado en el decreto 1295 de 2009, ratificado por el Decreto 1074 de 2015, respecto del conflicto de intereses al otorgarse beneficios extralegales contrariando los estatutos, validez de las condiciones laborales de JAVIER CORIA POSTIGO como representante legal de UPPER SIDE SAS, conforme lo normado en los estatutos de la sociedad, buena fe, prescripción, compensación y cobro de lo no debido.

FELIPE ANDRES VILLACRES CIFUENTES, contestó el introductorio (fls. 775 a 803), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 7, 9 a 10, 14 y 17 y no ser ciertos los restantes, FELIPE ÁNDRES VILLACRES no ostenta la condición de accionista de UPPER SIDE SAS, invalidez del contrato de trabajo celebrado en fecha incierta entre JAVIER CORIA POSTIGO y Aileen Margarita Sasson Ruíz, inoponobilidad del contrato de trabajo entre Javier Coria Postigo como trabajador y Aileen Margarita Sasson Ruiz como supuesta autorizada del empleador, por incumplimiento a los deberes impuesto en la ley 222 de

1995, lo consagrado en el decreto 1295 de 2009, ratificado por el Decreto 1074 de 2015, respecto del conflicto de intereses al otorgarse beneficios extralegales contrariando los estatutos, validez de las condiciones laborales de JAVIER CORIA POSTIGO como representante legal de UPPER SIDE SAS, conforme lo normado en los estatutos de la sociedad y prescripción.

GRGOR POSTCHICK, contestó el introductorio **a través de curador ad litem** (fls. 848 a 851), no se opuso a las pretensiones, así como tampoco las aceptó, frente a los hechos aceptó los numerales 3 el 9 a 10, el 16 al 19, no constarle el numeral 4 y 23 y frente a los demás indicó que debían probarse, propuso como excepción las denominada cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de junio de 2019 (CD – fl. 866), **declaró probada la excepción** de inexistencia del contrato de trabajo celebrado en fecha incierta entre el demandante y Aileen Margarita Sasson Ruiz formulada por UPPER SIDE SAS, las excepciones denominadas FELIPE VILLACRES no ostenta la calidad de accionista de UPPER SIDE SAS y que la SAS no son responsables de obligaciones laborales e invalidez del contrato de trabajo firmado en fecha incierta entre el demandante y Aileen Sasson formuladas por el demandado FELIPE VILLACRES; así como la de inexistencia de la obligación de cancelar al demandante prestaciones extralegales formuladas por CREAR 81 SAS y por parte de GRGOR POTSCHICK la de cobro de lo no debido; **declaró** la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido entre el demandante JAVIER CORIA POSTIGO y la demandada UPEER SIDE SAS que inició el 1 de agosto de 2012 al 25 de marzo de 2017, **absolvió** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que en el asunto no existía controversia con relación al contrato de trabajo que unió a las partes así como los extremos, por lo que debía determinarse la validez del contrato escrito y del que se pretendía el pago de los beneficios extralegales, por lo que se remitió a lo contenido en el Código de Comercio -artículo 420- con

relación a la funciones de las asambleas de los accionistas, así como a la Ley 1258 de 2008 y a los estatutos de la sociedad que fueron aportadas al plenario, precisando que los socios fundadores de la sociedad demandada era el demandante y el señor Lorenzo Ochoa, por lo que con relación al contrato de trabajo allegado, en el que el demandante inició labores como gerente general para el 1 de agosto de 2012 a favor de la demandada y que fue suscrito por la señora Aileen Sasson quien ostentó el cargo de chef entre otros conforme a contrato que también se allegó, se podía concluir que la mencionada señora no estaba facultada para suscribir el acuerdo de voluntades del aquí demandante, en el que si bien en ese contrato se le daba el cargo de cogerente, lo cierto era que ese cargo no estaba en la estructura de la compañía conforme se extraía del RIT, por lo que ninguna esos cargos le daba facultades para suscribir el contrato a nombre de la empresa y que de los estatutos se extraía que el demandante fue nombrado como representante legal y como suplente al señor al señor Lorenzo Ochoa quien fungió como tal este hasta el año 2014. De igual forma acotó haberse desvirtuado lo que afirmó el actor en su demanda, con relación a la calidad de accionista de la señora Aileen Sasson para la fecha de suscripción pues conforme a la documental allegada al infolio solo figuró hasta el 29 de noviembre de 2012.

Agregó que se desprendía de los estatutos de la sociedad, que el representante legal gerenciaría la empresa, en el RIT si se estableció que la empresa tendría un gerente general lo cierto es que en los estatutos en su artículo 26 resultaba claro que quien gerencia la empresa era el representante legal por lo que estos dos cargos confluían, afirmó que la señora Aileen no contaba con la facultad de suscribir el contrato de trabajo escrito que fue allegado, precisando que era diferente la representación legal a la representación de que trata el artículo 32 CST y del que fundó su petitum, , por lo que la única indemnización a la que tenía derecho era la legal y quien podía otorgar beneficios extralegales era la asamblea general de accionistas, más allá que los accionistas conocieran o no el contrato y que estos no hayan ejercido el derecho a la inspección, por lo que el documento adolece para tenerlo por válido y conforme a manifestaciones realizadas por el propio actor en su interrogatorio de parte, ese documento no era de conocimiento público y que debió aceptarse de manera tacita.

Finalmente y con relación a las primas extralegales de servicios que le fueron canceladas, en el que se allegaron las estados financieros en los mismos solo se describe una situación general sin que se logre extraer la continuidad en las que le canceló la prima del que reclamó el pago de forma proporcional, así como ninguna otra documental se logra deducir dicho pago y del que tampoco se lograba extraer de las actas de asamblea que se haya asentido ese rubro, ni mucho menos la prima extralegal de retiro; con relación a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, negó esta pretensión en el que si bien transcurrieron 53 días hasta el 21 de mayo de 2017 recibió el pago, por lo que consideró que no hubo mala fe en el pago de la liquidación del contrato y con relación a la solidaridad indicó que esta solo estaba instituida para las sociedades de personas.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando en primer lugar, que si bien el juez había indicado que el contrato de trabajo allegado no era válido por haber sido suscrito por una persona no tenía las facultades para ello, esa apreciación resultaba errónea por cuanto había quedado demostrado que la señora Aileen Sasson desempeñó funciones como cogerente , directora de marketing, chef ejecutiva, funciones que comprometían a la compañía y que en armonía con el artículo 32 CST le daba esa facultad y si podía suscribir los contratos y no solo para temas de subordinación y/o actuaciones disciplinarias, aunado al hecho que la señora Aileen Sasson fue socia fundadora y adicionalmente hacia las funciones de gerente y era jefe de restaurante era ella, trajo a colación la sentencia SL 3568 de 2018 en la quedó establecido que los representantes del empleador no tienen que estar inscritos en cámara y comercio, podían obligar al empleador y que por eso se debía dar cumplimiento a todo lo allí contenido, por lo que si bien la señora Aileen no tenía la representación legal ni accionista si tenía la calidad de gerente y directora por lo que si podía obligar a sus trabajadores así como a la compañía.

Agregó que una cosa era la representación legal y otra muy distinta ser el gerente general de una compañía, en el que estaba pendiente de los meseros, de la carta de comidas, coordinar la cocina, por lo que el despacho confundió

esas dos calidades y debió otorgársele los beneficios extralegales solicitados, indicó de manera enfática que los estatutos no señalaban que el representante fuera a su vez el gerente general, asimismo quedo demostrado que de ese contrato si se tuvo conocimiento los socios que se fueron vinculando a la sociedad junto con sus condiciones salariales, que como creador de la sociedad y aceptaron en su momento todas las condiciones pactadas, de igual forma le dio una interpretación errada a las estados financieros, en el que los testigos Janes y Catalina Malagón indicaron que así se presentaban esos rubros y quedó demostrado el pago de las primas extralegales y nunca realizaron una observación o reparo de dicho pago así como no hubo reparo con relación al salario.

Finalmente y con relación a la indemnización moratoria de que trata el art 65 CST, indicó que el juzgado había errado frente a esta pretensión, toda vez que quien solicitó de manera reiterada el dinero producto de la liquidación de su contrato y solo hasta cuando otorgó poder a un abogado fue que se logró su pago.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si el contrato de trabajo escrito del demandante nació o no a la vida jurídica, asimismo, si hay lugar a reconocer las primas extralegales solicitadas y por ultimo si hay lugar a impartir condena con relación a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Contrato de trabajo

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que no existe controversia respecto de la relación laboral. Así entonces, se tiene que entre las aquí partes existió un contrato de trabajo verbal término indefinido, desde el 01 de agosto de 2012, devengando como último salario la suma de $12.228.138 y que el vínculo contractual laboral feneció el 28 de marzo de 2017, por decisión efectuada por el empleador mediante asamblea general de accionistas -Acta No. 08 (fls. 36 a 45).

La calidad de Representante Legal del actor

De igual forma, tampoco es materia de controversia, la calidad de representante legal del aquí actor, pues de conformidad con los estatutos de UPPER SIDE SAS que militan a folios 50 a 64 del expediente, se extrae de manera inequívoca que el demandante junto con el señor Lorenzo Ochoa Ormache constituyeron esta sociedad por acciones simplificada en la que se designó al señor JAVIER CORIA POSTIGO aquí actor, como representante legal de la entidad demandada.

Contrato de trabajo escrito

La parte demandante allegó a folios 20 a 27 del expediente, contrato de trabajo a término indefinido entre UPPER SIDE SAS y JAVIER CORIA, en el que se acordó que el cargo a desempeñar era el de Gerente General, con fecha de iniciación de labores 1 de agosto de 2012, y en el que se consignó lo siguiente:

> *"(…) entre los suscritos AILEEN SASSON (…) obrando en nombre y representación de UPPER SIDE SAS, quien adelante se llamará EL EMPLEADOR y JAVIER CORIA (…) que en adelante se llamará EL TRABAJADOR, hemos celebrado el contrato de trabajo contenido en las siguientes cláusulas:*
>
> *(…)*
> *QUINTA.- PAGOS NO SALARIALES: (…) En especial, se reconoce el carácter no salarial de los siguientes beneficios:*
> **PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS: EL EMPLEADOR otorgará al trabajador una prima extralegal de servicios por valor de DOS (2) salario fijo mensual del trabajador, los cuales será pagadero de la siguiente forma:*
>
> *-TREINTA (30) días de salario en el mes de junio*
> *-TREINTA (30) días de salario en el mes de diciembre*
>
> *PRIMA EXTRALEGAL DE RETIRO; LAS PARTES convienen en adicionar al as indemnizciones legala (sic a lo transcrito) establecida, que el TRABAJADOR le será reconocido un beneficio de estabilidad laboral, en virtud del cual la EMPRESA reconocerá de manera libre y voluntaria, una prima de retiro siempre y cuando al TRABAJADOR le sea terminado su contrato de trabajo por cualquier motivo, prima que se concederá de la siguiente manera y se pagará en la liquidación definitiva de acreencias laborales;*

- *Si el retiro del TRABAJDOR se produce con anterioridad a los seis (6) años siguientes a la firma del presente contrato, la prima extralegal acá indicada ascenderá a la suma de nueve millones por mes trabajado desde la fecha de inicio del contrato hasta la terminación del mismo. PESOSM/CTE (9.000.000) (sic a lo transcrito)*
- *Si el retiro se produce con posterioridad a los seis (6) años siguientes a la firma del presente contrato, la prima extralegal acá indicada ascenderá a la suma de ocho millones de pesos por mes trabajado desde la fecha de inicio del contrato hasta la terminación del mismo PESOS M/CTE (8.000.000).*

  La prima de retiro antedicha se pagará sin perjuicio de las eventuales indemnizaciones o acuerdos de retiro que en su momento generen con motivo de la eventual desvinculación del trabajador.

  PÁRAGRAFO; las partes establecen que si el trabajador no ha laborado el mes completo el pado (sic a lo transcrito) se efectuara proporcionalmente al tiempo trabajado. (…)"

Precisado lo anterior, se tiene que la parte demandante recurre la sentencia de primera instancia, indicando que el contrato de trabajo escrito que milita a folios 20 a 27 goza de plena validez, ya que la persona que lo suscribió, esto es la señora Aileen Sasson era representante del empleador bajo las voces del artículo 32 del CST y que en su literalidad establece:

> ***"(…) REPRESENTANTES DEL {EMPLEADOR}.*** *<Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:*
>
> *a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador};*
>
> *b) Los intermediarios.(…)"*

Así las cosas, se extrae de la documental que obra en el expediente, que la señora Aileen Margarita Sasson Ruiz, fue contratada por el actor para desempeñar las labores como **chef ejecutiva, cogerente, directora de comunicación y diseño de imagen** (fls. 28 a 35) con fecha de iniciación de labores -1 de agosto de 2012-, siendo claro que en efecto fungió como representante del empleador y como tal la obliga frente a sus trabajadores,

pues así lo dispone el referido artículo y que de antaño la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL Rad. 30653 del 17 de febrero de 2009, citada en sentencia SL3901-2018 con Radicación N° 50062 precisó lo siguiente:

"(..) La referida representación consiste en la delegación de funciones, de atribuciones que normalmente corresponden directamente al empleador, pero que dadas las especiales circunstancias, como la de no poder hacer presencia en todos los sitios, en todas las sucursales, o dependencias correspondientes a un mismo empleador, debe éste encomendar, encargar, expresa o tácitamente, su representación, su reemplazo, para lograr así la debida organización y funcionamiento; generalmente tal representación la ejerce un empleado suyo, de condiciones especiales, directivos, con don de mando, que sustituyen al representado, en distintos actos, los cuales se entenderán ejecutados por aquel, con todos los efectos y consecuencias.

Dicha figura jurídica se da por virtud de la ley laboral (artículo 32 del CST), del convenio o del reglamento interno de trabajo y tiene por finalidad, la de ejercer el poder subordinante durante la relación laboral, con todos los matices de ese elemento, característico de la relación laboral, toda vez que, como se indicó, el empleador no está en posibilidad de ejercerlo en todos los frentes de trabajo, en las distintas factorías, oficinas o dependencias pertenecientes a una misma persona natural o jurídica.

***Esa figura, de la representación, implica que el delegado o encargado, obliga, con sus actos u omisiones, al representado o delegatario -empleador-, quien deberá asumir las consecuencias de las conductas de aquel**, por entenderse que de él provienen las gestiones, comportamientos, decisiones o directrices que ejerce e imparte el representante al grupo de trabajadores a su cargo, es decir que los pagos salariales, prestacionales, indemnizatorios de los empleados corren a cargo exclusivo del empleador, sujeto del contrato de trabajo, quien se beneficia de los servicios prestados por los*

> *trabajadores,* ***sin que transmita sus obligaciones a quien lo representa, sino que delega expresa o tácitamente sus derechos, con respecto a un grupo determinado de trabajadores que laboran para él.***

En ese orden de ideas, se tiene que el representante o mandatario del empleador si bien lo representa en diferentes frentes de la empresa y ejerce la subordinación y control propio sobre sus trabajadores, lo cierto es que no lo sustituye así como tampoco le da la facultad tacita de realizar contrataciones de personal y menos una contratación como la que ocupa hoy la atención de la Sala, en el que la señora Aileen Sasson el mismo día en que fue contratada, celebró y suscribió el contrato de trabajo del Gerente General, cargo de mayor jerarquía dentro de la sociedad demandada conforme se extrae del Reglamento Interno de Trabajo (fls. 387 a 410) otorgándole adicionalmente una serie de beneficios extralegales de manera inconsulta, pues a la fecha de suscripción del cuestionado acuerdo de voluntades -1 de agosto de 2012- (fls. 20 a 27) si bien por sus cargos ya era representante del empleador, lo cierto es que no ostentaba la calidad de representante legal suplente (fls. 427 a 429), así como tampoco accionista de la sociedad demandada, pues solo para el 29 de noviembre de 2012 fungió como tal, conforme se extrae del acta No. 03 de asamblea extraordinaria de accionistas.

Ahora bien, insiste el demandante en sus motivos de disenso que la señora Sasson Ruiz fue socia fundadora, pues una vez constituida la sociedad, ella junto con el demandante se encargaron de buscar los inversionistas, realizar y entregar los brochures, poner en funcionamiento el restaurante y, que debido a un pleito legal, le impidió figurar en algún documento que la relacionara con la sociedad, no obstante dichas situaciones de orden fáctico de ninguna manera la facultaban para haber suscrito el contrato de trabajo del gerente general ni mucho menos le otorgaba la calidad de socia fundadora.

Por otro lado y con relación al cuestionamiento realizado por el actor que de ese contrato de trabajo escrito si tuvieron conocimientos lo accionistas que iban formando parte de la sociedad así como la de sus condiciones salariales, lo cierto es que dicha situación no quedó demostrada dentro del plenario, incumpliendo con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del CGP y por el contrario conforme a la documental que milita a folios 155 a 160 que corresponde al acta No. 04 de asamblea de accionistas de fecha 19 de marzo de 2013 el señor James de la Torre, deponente también en el presente asunto y quien indicó ser el asesor jurídico del demandado FELIPE ANDRÉS VILLACRES CIFUENTES, recomendó y se dejó consignado en ese documento *"(..) tener los contratos laborales con los administradores y hacer uso de la Asesoría Legal que en el momento se ha contratado (..)"* por lo que existen serios indicios que en efecto los accionistas, no conocían el contrato de trabajo del demandante ni mucho menos los beneficios extralegales que allí se consignaron, por lo que claramente lo único que conocía la sociedad demandada era que al actor se le cancelaba un salario en calidad de representante legal y gerente general de la sociedad.

Conclusión a la que llega la Sala, atendiendo a lo manifestado por el señor FELIPE VILLACRES y actual representante legal de UPPER SIDE SAS, quien indicó que en los estados financieros la nómina solo se veían reflejados como -movimientos a terceros- de todo el personal sin que se relacionara de manera puntual lo devengado por el actor, situación que fue ratificada por la testigo Catalina Malagón y quien fue la contadora de la demandada UPPER SIDE, cuando precisó que los estados financieros se presentaban ante los accionistas así como a la junta directiva como un gasto global denominado -gastos de nómina-movimientos a terceros- y –gastos de personal-, sin que se relacionara de manera detallada los pagos que se efectuaban al demandante; y que también ratificó el testigo James Fernando Latorre Carmona, indicando que los estados financieros eran presentados como gastos de personal pero nunca un detallado de lo pagado al demandante, así como de ningún trabajador.

Por lo anterior, forzoso resulta concluir que el contrato de trabajo escrito no nació a la vida jurídica, así como tampoco los beneficios extralegales que allí

se consignaron, pues si bien afirmó el demandante que el pago de la prima extralegal de servicios fue pagado en la vigencia de la relación laboral, lo cierto es que dentro de los desprendibles de nómina allegados (fls. 65 a 106), no se ve reflejado pago alguno por este concepto, contrariando lo manifestado por las testigos Aileen Sasson así como Catalina Malagón quienes afirmaron que si quedaban los registros en los comprobantes de nómina y que cuando se le solicitó al demandante en reconocimiento documental al momento en que absolvió interrogatorio de parte, cuando se indagó porque no estaban esos registros indicó que "(…) *debía preguntarse a la contadora(..)";* por lo que la única prueba que respalda su dicho, es el denominado "MOVIMIENTOS A TERCEROS" que milita a folios 107 a 112 del expediente, en el que se encuentra consignado el nombre del demandante y del que se extrae que mes a mes entre los años 2014 a 2016 se relacionaron unas sumas de dinero, denominada "PROV. FONDO PRIMA EXTRALEGAL" y que coincide con lo manifestado por la testigo Catalina Malagón quien afirmó que contablemente se hacía la provisión del pago de la misma mes a mes para realizar el pago cada seis meses, pero que no logra llevar al convencimiento de que que efectivamente se haya materializado su pago, pues corresponde a un documento extraído de un sistema contable en el que no solo se consignó lo correspondiente a una provisión mensual.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se confirmará la decisión de primera instancia frente a este tópico, pero por las razones aquí expuestas.

Indemnización moratoria

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago. Para ello, el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles y que lo llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (CSJ SL694-2019 y CSJ SL4330-2020).

En ese orden de ideas y conforme a la jurisprudencia traída a colación, la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, esto es, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de probidad y honradez del empleador frente a su trabajador y con el pleno convencimiento que, en ningún momento, ha querido atropellar sus derechos.

Precisado lo anterior, se observa que la entidad demandada mediante (i) Acta No. 08 en asamblea general de accionistas realizada el 28 de marzo de 2017 fue removido en su calidad de representante legal, asimismo se procedió con el "despido" (sic a lo transcrito) al cargo de Gerente (ii) que el 3 de abril de 2017 el demandante realizó la entrega de cargo como Gerente General (fls. 421 a 424) y que el 21 de mayo de 2017 la sociedad demandada le canceló la liquidación de contrato de trabajo conforme se encuentra contenida en la situación fáctica contenida en libelo introductor bajo el numeral 32°.

Teniendo en cuenta lo anterior, no nos encontramos frente a un proceder de buena fe por parte de la sociedad demandada, pues en ningún momento demostró hechos razonables que impidieran el pago de la obligación de manera oportuna y que lo llevaran a pagar 1 mes y 18 días después del trámite que tenía a su cargo en calidad de empleador y evitar que en casos como los que ocupa la atención de la Sala, se cuestione lo correspondiente la mora en el pago frente a los derechos ciertos e indiscutibles que se le deben al trabajador.

Así las cosas, es importante precisar que esta sanción está sujeta al fenómeno de la prescripción, por lo que al haber al haber finiquitado la relación laboral el 28 de marzo de 2017 y presentarse la demanda el 12 de diciembre de 2017 (fl. 430), se declarará no probada la excepción de prescripción propuesta por UPPER SIDE SAS.

En ese orden de ideas, se condenará a la demandada UPPER SIDE S.A.S. por concepto de indemnización moratoria entre el periodo comprendido 29 de marzo de 2017 al 17 de mayo de 2017, en la única suma de $ 21.603.043,8, sin que se imparta condena de forma solidaridad en contra de los señores

FELIPE ANDRES VILLACRES CIFUENTES, GREGOR POTSCHICK y la sociedad CREAR CALLE 81 SAS, toda vez que el juez procedió a su estudio negando lo correspondiente a la solidaridad solicitada y sin que dicha consideración hubiese sido objeto de reparo en esta instancia.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito en el sentido de impartir condena en contra de UPPER SIDE SAS por concepto de indemnización moratoria y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia, al haber prosperado de manera parcial el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

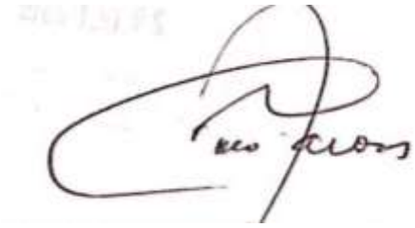
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 21 de junio de 2019 y en su lugar, **CONDENAR** a la demandada UPPER SIDE SAS al pago por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en la única suma de $21.603.044, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada UPPER SIDE SAS, de conformidad con las consideraciones realizadas.

TERCERO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ CASTILLO- CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **LUIS ALBERTO RODRIGUEZ CASTILLO,** se **ordene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez en forma retroactiva desde el 29 de julio de 2020, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ante la mora en el reconocimiento y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 3 a 7).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 4 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 29 de agosto de 1946 y que cumplió los 60 años en el mismo mes y día del año 2006, que presentó ante COLPENSIONES reconocimiento pensional en noviembre de 2013 y que mediante acto administrativo GNR 42648 del 18 de marzo de 2013 se negó el reconocimiento bajo el argumento de no cumplir con los preceptos contenidos en la Ley 797 de 2003. Agregó que para el 1 de abril de 1994 contaba con 48 años de edad y que conforme reporte de semanas había completado un total de 1.156, que al 31 de julio de 2010 contaba con un total de 998.61 semanas, agregó que la demandada no contabilizó unas semanas laboradas y del que allegó el pago efectuado por Carrocerías Gacelas y del cual procedió a su corrección el 19 de diciembre de 2017 de dos de los tres ciclos solicitados. Finalizó

indicando que para el 29 de julio de 2010 cumplía con los requisitos de edad y tiempo y que la última cotización efectuada correspondió al 31 de agosto de 2013, por lo que procedió a solicitar la pensión de vejez desde noviembre de 2013 sin que a la fecha le haya reconocido la prestación la entidad demandada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 8 a 9 y 12 no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y desconocimiento, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica. (fls.20 a 29).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de agosto de 2019 (CD-folio 66), **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2013, con una mesada de $589.500 y dos mesadas adicionales al año, **condenó** al pago de los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas pensionales a partir del 18 de junio de 2013 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, **declaró no probada** la excepción de prescripción y **condenó** en costas a la demandada.

Como argumento de su decisión, que como lo reclamado era el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 29 de julio de 2010, bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, procedió a realizar el estudio con relación al régimen de transición, previa acotación de la normatividad que rige en torno al tema, indicó que con relación a la edad al 1 de abril de 1994 cumplió contaba con 47 años de edad y frente a lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005, para la entrada en vigencia del mencionado contaba con 750 semanas, por lo que se beneficiaba de dicha prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que al haber cotizado más de 1000 semanas cumplió con uno de los presupuestos de la normatividad en cita, acotó que si bien registraba una última cotización para agosto de 2013, también lo era que el actor ya cumplía con la edad para agosto de 2006 y el actor reclamó para febrero de 2013, por lo que si bien existía una que otra cotización la misma había obedecido a la decisión por parte de COLPENSIONES de negar la prestación reclamada por el número de semanas, procediendo a reconocer la mesada pensional con base en el

salario mínimo legal vigente con efectos a partir del 1 de marzo de 2013, condenando adicionalmente al pago de la mesada 14, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se trató de una situación excepcional, para negar el reconocimiento y si bien no se habían computado unos tiempos no obedeció a un pago extemporáneo por el empleador, sino por el contrario se constató que el pago de los ciclos se efectuaron a tiempo. De igual forma indicó que no se encontraba probada la excepción de prescripción, trayendo a colación los actos administrativos así como la presentación de la demanda, por lo que no transcurrió el termino trienal, condenando al pago de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales a partir del 18 de junio de 2013, autorizó los descuentos en salud por parte de la entidad demandada.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, con relación a la fecha de reconocimiento, en la que reiteró que la misma debía realizarse a partir del 29 de julio de 2010, tal y como lo solicitó en la demanda.

LA PARTE demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que el *a quo* no tuvo en cuenta la circular con relación a la fecha de disfrute, por lo que al no haber sido registrada la fecha de la desafiliación la misma debía reconocerse con fecha a corte de nómina, en el que es evidente que la última fecha de cotización es en el ciclo 08/2013 sin que se presentará el retiro correspondiente, de igual forma recurrió lo correspondiente al pago de los intereses moratorios, toda vez que no hubo retraso alguno por parte de la entidad, así como tampoco lo correspondiente a la imposición de la condene a costas.

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

Problema jurídico

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si el demandante, acreditó ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, si hay lugar al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante que obra dentro del expediente (fl. 15) así como en el expediente administrativo (CD-fl. 35) junto con el registro civil de nacimiento, se tiene que el actor nació el **17 de agosto de 1946**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 47 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendría el referido régimen hasta diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debía acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respecto, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el **17 de agosto de 2006**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 17 de agosto de 1986 al 17 de agosto de 2006, se acreditó en la historia laboral allegada al proceso **414,42 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **1,003,16 semanas** de cotización al **29 de**

julio de 2010, conforme se extrae del reporte de semanas expedido por COLPENSIONES con fecha 28 de Junio de 2018 (CD- fl. 35).

En ese orden de ideas y contrario a lo considerado por la Juez de primera instancia, en el presente asunto no era necesario estudiar si el actor a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005) contaba con 750 semanas cotizadas, pues en efecto tal y como lo reiteró la entidad pensional en las diferentes resoluciones que negó el reconocimiento pensional, este no cumplía con la densidad de semanas requeridas bajo ese presupuesto, pues para dicha data solo reunió un total de 746,16 semanas, toda vez que para el ciclo de octubre de 1978 registraba un total de 4,14 semanas simultaneas.

No obstante lo anterior, el señor RODRÍGUEZ CASTILLO **causó** su derecho pensional antes de la **expiración del régimen de transición** contemplada en el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, antes del **31 de julio de 2010**, ya que para dicha data ya cumplía con el requisito de edad (60 años – 17 de agosto de 2006) y semanas mínimas cotizadas (1.003, 16 -29 de julio de 2010) tal y como quedó precisado con anterioridad, para hacerse acreedor de la pensión de vejez en los términos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 1758 de la misma anualidad .

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o **en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos** (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

En el caso del demandante se tiene que solicitó el reconocimiento pensional 20 de febrero de 2013 oportunidad en la que se encontraba cotizando como dependiente a través de su empleador Carrocerías Gacela S, solicitud que fue resuelta mediante

resolución No. GNR 42648 de 18 de marzo de 2013 (CD-fl. 35) en la cual la entidad demandada le informa que conforme a los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 no acreditaba el total de semanas requeridas, situación que llevó al actor a seguir cotizando, tal como se puede ver de su historia laboral y como lo precisó la juez de instancia, pues una vez negada la prestación, el demandante continuó a través de su empleador realizando sus aportes hasta el mes de agosto de 2013 reuniendo un total de 1,161 semanas (CD-fl. 35), demostrándose con ello, que la entidad accionada fue renuente en el reconocimiento de la pensión a pesar de que el señor RODRÍGUEZ CASTILLO ya reunía los requisitos para ella, pues si bien reiteraba en sus actos administrativos no contar con la densidad de semanas mínimas para efectuar el reconocimiento, lo cierto era que no contabilizaba algunos ciclos tal y como se extrae del expediente pensional digital que milita a folio 35 del expediente en el que obran diferentes historias laborales con diferente computo de semanas y solo hasta el 2018 es que registra en su totalidad lo cotizado por el actor, a pesar de que el demandante ya había allegado a la entidad desde el 15 de marzo de 2012 los comprobantes de pago efectuados por su empleador y de los que se extrae adicionalmente que fueron realizados a tiempo (CD-fl. 35), por lo que al tratarse de una situación excepcional, si debía reconocerse la prestación a partir del **1 de marzo de 2013,** en los términos precisados por el *a quo*.

Ahora bien, el actor recurre la decisión, solicitando que el reconocimiento pensional se realice desde el 29 de julio de 2010, en el que debe precisarse que la Sala en efecto consideró que el derecho se **causó** a esa fecha, no obstante, el **disfrute o reconocimiento** no corresponde a la misma calenda, toda vez que conforme se indicó en precedencia la solicitud de reconocimiento pensional la realizó el actor en febrero de 2013, por lo que mal haría esta instancia realizar un reconocimiento con anterioridad a la fecha en la que no había realizado una solicitud formal ante la entidad y en la que continuó realizando cotizaciones al sistema pensional en los años subsiguientes; razones suficientes para negar lo solicitado por el actor en sus motivos de disenso, sin ningún fundamento en particular.

Finalmente, en cuanto el **monto de la mesada**, se tiene que conforme a la liquidación realizada en esta instancia y que hace parte integral del presente proveído, se efectuó el cálculo con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándose una tasa de remplazo del 81% que sería la que le correspondería de acuerdo al parágrafo 2° del Acuerdo 049 de 1990, en el que arroja una suma inferior al SMLMV, por lo encuentra la Sala que las consideraciones efectuadas por el *a quo* con relación a la mesada pensional reconocida se encuentra ajustada a derecho.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, tal y como se acotó en la decisión de primera instancia, como quiera que la demandante reclamó inicialmente la prestación el día 18 de febrero de 2013, la cual se negó mediante resolución GNR042648 de 18 de marzo de 2013, interponiéndose los recursos de Ley, que fueron resueltos mediante los actos administrativos GNR 11680 del 15 de enero de 2014 y VPB 6940 del 30 de enero de 2015, respectivamente, notificándose personalmente el actor de esta última resolución el 10 de marzo de 2015 (CD- fl. 35) y acudiendo a la jurisdicción ordinaria laboral el 28 de febrero de 2018 (fl. 16), por lo que no transcurrieron más de 3 años que contempla el artículo 151 del CPTSS.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Así mismo, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que la demandante reclamó **el 18 de febrero de 2013** (fl.50), de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **18 de junio de 2013,** para resolver positivamente la solicitud y no lo hizo a pesar de reunir el demandante con los requisitos legales para ello, y teniendo en cuenta que en el presente asunto, no prosperó la excepción de prescripción propuesta por la entidad pensional, habrá que confirmarse la decisión del juez de instancia que ordenó el reconocimiento de los mismos desde dicha data.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de COLPENSIONES y que fue otros de los puntos de disenso en el presente asunto, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, COLPENSIONES fue vencida en juicio, condenándose al reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el actor, adicionalmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones al momento que dio respuesta al libelo introductor, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acertada la condena impuesta.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada en la forma antes anotada.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ CASTILLO de conformidad con lo normado en el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

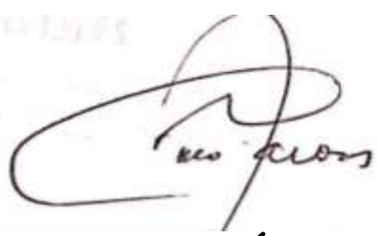
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

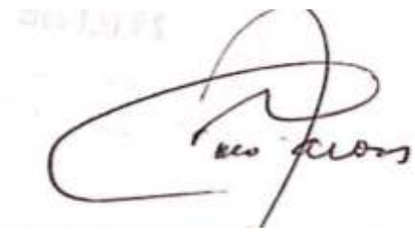


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, en la suma de $900.000 pesos y a cargo de LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ CASTILLO en la suma de $300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

LUIS ALBERTO RODRIGUEZ CASTILLO-Conteo de semanas al 31/07/2010					
Identificación	**Empleador**	**Desde**	**Hasta**	**Semanas cotizados**	**Simultaneidad**
1004003396	DANIEL CORTES O Y CI	08/08/1977	31/10/1977	12,14	
1006111555	CIA COM E IND DE AVE	27/01/1978	07/03/1978	5,71	
1007100212	UNION COMER TRANSPOR	17/05/1978	30/10/1978	23,86	
1003501260	COLTAVIRA S A	02/10/1978	11/04/1979	23,29	4,14
1003800937	SUPERBUS DE BOGOTA S	17/05/1979	15/04/1980	47,86	
1003701620	ATEMPI LTDA	04/05/1981	17/05/1981	2,00	
1002601534	IMB IND MADER BOLIVA	19/05/1981	22/07/1981	9,29	
1003800937	SUPERBUS DE BOGOTA S	10/08/1981	31/07/1982	50,86	
1003800937	SUPERBUS DE BOGOTA S	01/08/1982	29/05/1987	251,86	
1003800937	SUPERBUS DE BOGOTA S	01/06/1987	15/02/1991	193,71	
1003803837	AUTOBUSES OLIMPICA L	11/06/1991	20/06/1991	1,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/03/2003	31/12/2003	42,86	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2004	31/12/2004	51,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2005	31/12/2005	51,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2006	31/12/2006	51,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2007	31/12/2007	51,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2008	31/12/2008	51,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2009	31/12/2009	51,43	
830078968	CARROCERIAS GACELA L	01/01/2010	29/07/2010	29,71	
Conteo de semanas al 31/07/2010				**1003,16**	

CARLOS JULIO BOTIA ROSAS
4058548
7/07/1953
2013

Desde	Hasta	Número de dias	Indice Inicial	Indice Final	Factor de Indexación	Salario	Salario Actualización	Salario Actualizado X dias laborados por mes
31/05/1993	31/05/1993	1,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$1.272.395,02
1/06/1993	30/06/1993	30,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$38.171.850,49
1/07/1993	31/07/1993	31,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$39.444.245,51
1/08/1993	31/08/1993	31,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$39.444.245,51
1/09/1993	30/09/1993	30,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$38.171.850,49
1/10/1993	31/10/1993	31,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$39.444.245,51
1/11/1993	30/11/1993	30,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$38.171.850,49
1/12/1993	31/12/1993	31,00	12,14	78,05	6,43	$197.910,00	$1.272.395,02	$39.444.245,51
1/01/1994	31/01/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$258.240,00	$1.353.635,46	$41.962.699,26
1/02/1994	28/02/1994	28,00	14,89	78,05	5,24	$258.240,00	$1.353.635,46	$37.901.792,88
1/03/1994	31/03/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$258.240,00	$1.353.635,46	$41.962.699,26
1/04/1994	30/04/1994	30,00	14,89	78,05	5,24	$258.240,00	$1.353.635,46	$40.609.063,80
1/05/1994	31/05/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$258.240,00	$1.353.635,46	$41.962.699,26
1/06/1994	30/06/1994	30,00	14,89	78,05	5,24	$249.730,00	$1.309.027,97	$39.270.839,15
1/07/1994	31/07/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$277.821,00	$1.456.274,62	$45.144.513,13
1/08/1994	31/08/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$277.821,00	$1.456.274,62	$45.144.513,13
1/09/1994	30/09/1994	30,00	14,89	78,05	5,24	$277.821,00	$1.456.274,62	$43.688.238,52
1/10/1994	31/10/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$277.821,00	$1.456.274,62	$45.144.513,13
1/11/1994	30/11/1994	30,00	14,89	78,05	5,24	$277.821,00	$1.456.274,62	$43.688.238,52
1/12/1994	31/12/1994	31,00	14,89	78,05	5,24	$277.821,00	$1.456.274,62	$45.144.513,13
1/01/1995	31/01/1995	21,00	18,25	78,05	4,28	$398.091,00	$1.702.520,69	$35.752.934,44
1/02/1995	28/02/1995	21,00	18,25	78,05	4,28	$403.192,00	$1.724.336,20	$36.211.060,14
1/03/1995	31/03/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.650,00	$1.657.867,53	$49.736.026,03
1/05/1995	31/05/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.638,00	$1.657.816,21	$49.734.486,41
1/06/1995	30/06/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.668,00	$1.657.944,52	$49.738.335,45
1/07/1995	31/07/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.736,00	$1.658.235,33	$49.747.059,95
1/08/1995	31/08/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.726,00	$1.658.192,56	$49.745.776,93
1/09/1995	30/09/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.704,00	$1.658.098,48	$49.742.954,30
1/10/1995	31/10/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$387.686,00	$1.658.021,50	$49.740.644,88
1/11/1995	30/11/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$393.868,00	$1.684.460,13	$50.533.803,95
1/12/1995	31/12/1995	30,00	18,25	78,05	4,28	$400.111,00	$1.711.159,65	$51.334.789,40
1/01/1996	31/01/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$400.175,00	$1.432.736,64	$42.982.099,20
1/02/1996	29/02/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$1.080.138,00	$3.867.191,33	$116.015.739,77
1/03/1996	31/03/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$572.978,00	$2.051.418,94	$61.542.568,21
1/05/1996	31/05/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$608.847,00	$2.179.839,83	$65.395.194,98
1/06/1996	30/06/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$550.020,00	$1.969.222,98	$59.076.689,45
1/07/1996	31/07/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$643.409,00	$2.303.581,31	$69.107.439,15
1/08/1996	31/08/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$935.034,00	$3.347.679,07	$100.430.372,06
1/09/1996	30/09/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$576.146,00	$2.062.761,25	$61.882.837,57
1/10/1996	31/10/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$570.703,00	$2.043.273,81	$61.298.214,43
1/11/1996	30/11/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$550.020,00	$1.969.222,98	$59.076.689,45
1/12/1996	31/12/1996	30,00	21,80	78,05	3,58	$560.333,00	$2.006.146,36	$60.184.390,80
1/01/1997	31/01/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$550.020,00	$1.618.742,87	$48.562.286,20
1/02/1997	28/02/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$550.020,00	$1.618.742,87	$48.562.286,20
1/03/1997	31/03/1997	9,00	26,52	78,05	2,94	$457.204,00	$1.345.579,65	$12.110.216,81
1/04/1997	30/04/1997	24,00	26,52	78,05	2,94	$560.064,00	$1.648.302,99	$39.559.271,67
1/05/1997	31/05/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99
1/06/1997	30/06/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99
1/07/1997	31/07/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$783.214,00	$2.305.047,24	$69.151.417,08
1/08/1997	31/08/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99
1/09/1997	30/09/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99
1/10/1997	31/10/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99
1/11/1997	30/11/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99
1/12/1997	31/12/1997	30,00	26,52	78,05	2,94	$700.080,00	$2.060.378,73	$61.811.361,99

1/01/1998	31/01/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$777.804,00	$1.945.133,04	$58.353.991,22
1/02/1998	28/02/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/03/1998	31/03/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/04/1998	30/04/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/05/1998	31/05/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$995.544,00	$2.489.657,46	$74.689.723,68
1/06/1998	30/06/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/07/1998	31/07/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/08/1998	31/08/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/09/1998	30/09/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/10/1998	31/10/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/11/1998	30/11/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$829.620,00	$2.074.714,55	$62.241.436,40
1/12/1998	31/12/1998	30,00	31,21	78,05	2,50	$804.731,00	$2.012.472,11	$60.374.163,30
1/01/1999	31/01/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$939.961,00	$2.014.386,49	$60.431.594,77
1/02/1999	28/02/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/03/1999	31/03/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/04/1999	30/04/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$1.027.200,00	$2.201.344,32	$66.040.329,49
1/05/1999	31/05/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/06/1999	30/06/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/07/1999	31/07/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/08/1999	31/08/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/10/1999	31/10/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/11/1999	30/11/1999	29,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$59.849.048,60
1/12/1999	31/12/1999	30,00	36,42	78,05	2,14	$963.000,00	$2.063.760,30	$61.912.808,90
1/01/2000	31/01/2000	30,00	39,79	78,05	1,96	$963.000,00	$1.888.970,85	$56.669.125,41
1/02/2000	29/02/2000	30,00	39,79	78,05	1,96	$963.000,00	$1.888.970,85	$56.669.125,41
1/03/2000	31/03/2000	30,00	39,79	78,05	1,96	$963.000,00	$1.888.970,85	$56.669.125,41
1/04/2000	30/04/2000	6,00	39,79	78,05	1,96	$353.000,00	$692.426,49	$4.154.558,93
1/04/2010	30/04/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/05/2010	31/05/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/06/2010	30/06/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/07/2010	31/07/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/08/2010	31/08/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/09/2010	30/09/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/10/2010	31/10/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/11/2010	30/11/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/12/2010	31/12/2010	30,00	71,20	78,05	1,10	$1.200.000,00	$1.315.449,44	$39.463.483,15
1/01/2011	31/01/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/02/2011	28/02/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/03/2011	31/03/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/04/2011	30/04/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/05/2011	31/05/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/06/2011	30/06/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/07/2011	31/07/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/08/2011	31/08/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/09/2011	30/09/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/10/2011	31/10/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/11/2011	30/11/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/12/2011	31/12/2011	30,00	73,45	78,05	1,06	$1.200.000,00	$1.275.153,17	$38.254.594,96
1/01/2012	31/01/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/02/2012	29/02/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/03/2012	31/03/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/04/2012	30/04/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/05/2012	31/05/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/06/2012	30/06/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/07/2012	31/07/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/08/2012	31/08/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/09/2012	30/09/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/10/2012	31/10/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/11/2012	30/11/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/12/2012	31/12/2012	30,00	76,19	78,05	1,02	$1.200.000,00	$1.229.295,18	$36.878.855,49
1/01/2013	31/01/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/02/2013	28/02/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/03/2013	31/03/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00

1/04/2013	30/04/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/05/2013	31/05/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/06/2013	30/06/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/07/2013	31/07/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/08/2013	31/08/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00
1/09/2013	30/09/2013	30,00	78,05	78,05	1,00	$1.200.000,00	$1.200.000,00	$36.000.000,00

Número de dias cotizados	3.600,00
Número de semanas cotizados	514,29

Sumatoria de salarios vida laboral completa	$5.904.973.309,32
Valor IBL 10 años	$ 1.640.270,36
Tasa de reemplazo	87%
Valor Primera Mesada	**$1.427.035,22**

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA - contra –ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA -y- ORGANIZACIÓN B&P S.A.S.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA,** se **declare** la existencia de una relación laboral con la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA -y- ORGANIZACIÓN B&P S.A.S. Como consecuencia, se **condene**, a las demandadas al pago de prestaciones sociales y vacaciones entre el 01 de enero de 2011 al 11 de abril de 2015 con un salario promedio mensual de $2.350.000, asimismo, se **condene** al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST, a la indemnización por despido sin justa causa y a la sanción por no consignación de cesantías, se **condene** al pago en el sistema general en pensiones entre el 01 de enero de 2011 al 11 de abril de 2015, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 4 a 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 33 a 34), señaló en síntesis, que ingresó a laborar el 01 de enero de 2011, mediante contrato laboraral verbal a término indefinido, desempeñando la labor como Atención

a Servicio al Cliente que consistía en baile artístico, atención al bar y prestar los servicios que requirieran los asistentes al establecimiento de comercio, desempeñando sus funciones de 6pm hasta las 3 am de miércoles a sábado y devengando como último salario la suma de $2.350.000 más los servicios adicionales, agregó que para el 25 de febrero de 2015 presentó una solicitud para que le realizaran los pagos por trabajo suplementario (shows pendientes) a la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA en el establecimiento de comercio Aroma y Tanga Tradicional/VIP, negándole lo solicitado, pese a que fueron pagados por el cliente de manera anticipada. Agregó que no le fue cancelado el salario de abril de 2015, así como tampoco el trabajo suplementario representado en 25 bonos cada uno por la suma de $50.000, que ante la reclamación de ese pago se le informó que trabajaría hasta el 11 de abril de 2015 informándole que la llamarían después y no la volvieron a recibir, finalizó indicando que no fue afiliada al sistema de seguridad social integral ni a la CCF, que no le fueron canceladas las prestaciones ni las vacaciones, que no le fueron consignadas las cesantías y no se le canceló lo correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA- a través de curador ad litem- contestó el introductorio (fls. 81 a 92), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, indicó no ser ciertos los numerales 1, 11 a 17 y frente a los restantes manifestó con constarles, propuso como excepciones de fondo las denominadas cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, compensación y buena fe.

ORGANIZACIÓN B&P LTDA- pese haberse **notificado personalmente** mediante **curador ad litem** (fl. 80), no allegó el escrito de contestación, por lo que mediante auto de fecha 07 de noviembre de 2018, se dio por no contestada, pero sin aplicación de consecuencia procesal alguna (fl. 94)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de junio de 2019 (CD – fl. 109), **absolvió** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas por ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación lo establecido en el artículo 23 y 24 del CST e indicó que conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, debía establecerse si la demandante había probado la prestación del servicio y a su vez, si la demandada había desvirtuado lo correspondiente, por lo que la única prueba que se allegó al plenario fue la prueba documental por parte de la demandante y que correspondieron a la certificaciones, reclamación sin sello de recibido al establecimiento Aroma y Tanga con relación a unos shows que había realizado, bonos de aroma y tanga y una orden de pago por la suma de $2.500.000, por lo que la demandante no cumplió con la carga probatoria de haber acreditado la prestación de servicio a favor de las demandadas, no se sabe si estos se realizaban de manera continua o se le cancelaba por shows realizado, más en cuanto en la última certificación que se expidió fue por prestación de servicios, los bonos tampoco se observa una continuidad y si bien tienen firmas no se sabe a quién corresponde, aunado al hecho que hacen pagos por shows y sí los servicios prestados fue a las dos demandadas (dos personas jurídicas diferentes) y no de manera concomitante, adicionalmente tampoco asistió al interrogatorio de parte ni allegó los testigos que fueron decretados en la demanda, por lo que el presente asunto no se enrostraba la forma en cómo se llevaba a cabo esa prestación el servicio y no se acreditó la prestación del servicio por parte de la demandante.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si la demandante estuvo ligada por una relación laboral dependiente y subordinada con la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA y ORGANIZACIÓN B&P LTDA, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente por ésta y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Asimismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral, determinar si hay lugar el reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el líbelo demandatorio y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto y contrario a lo manifestado por el *a quo*, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, toda vez que fue allegado al plenario, certificaciones expedidas por la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA (fl. 15) y ORGANIZACIÓN B&P (fl. 16), por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al demandado a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, adujo que la Corte Constitucional al declarar la inexiquibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: *"quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en*

desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada", estableciendo textualmente:

> *"Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.*
>
> *Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario".*

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contrato existente entre las partes, esto es, si la actora actuaba con total autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinada, por lo que al respecto se tiene que se allegaron dos certificados en los términos que se exponen a continuación y que fueron suscritas por una misma persona de nombre –Natalia Cerón Sánchez-RECURSOS HUMANOS-:

- Certificación expedida por la demandada ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA, 17 de febrero de 2015, *"(..) Mediante la presente certificamos que la señora ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA C.C. 1.020.763. 804 de BOGOTA. trabajo desde el ,01 de enero de 2011 hasta el 30 de julio de 2014. Desempeñándose. Con Pulcritud, responsabilidad y cumplimiento de las labores asignadas. Con una*

asignación mensual de $2.350.000. TIPO DE CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS, (..)"

- Certificación expedida por la demandada ORGANIZACIÓN B&P, 17 de febrero de 2015, "(…) Mediante la presente certificamos que la señora ANYI YULIETHANZOLA MAHECHA *C.C. 1.020.763. 804 de BOGOTA. Se encuentra vinculada a esta empresa desempeñándose EN EL AREA DE SERVICIO AL CLIENTE, Con una asignación mensual de $2.750.000. TIPO DE CONTRATO PRESTACIONES DE SERVICIOS. FECHA DE INGRESO AGOSTO 2014 (..).*

Es importante traer a colación, lo correspondiente al valor probatorio de los certificados laborales, en la que de manera reiterada la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, sentencias con radicado 38666 del 30 abril de 2013 y SL17514-2017, ha señalado:

> *"El Juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el Juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el Juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral".*

De igual forma, se allegaron como pruebas documentales, los certificados de existencia y representación de las demandadas en los que se extrae, en primer lugar que si bien se trata de dos personas jurídicas lo cierto es que tienen el mismo gerente o representante legal, -Edwin Burgos- así como similitud en su objeto social, tal y como se extrae a continuación:

- ORGANIZACIÓN B&P SAS: *"(..) realizar todo tipo de eventos artísticos musicales, reciclaje, obras de teatro shows, danzas modernas,*

concursos de baile modelaje, será restaurante, café bar, (..) contratar artistas bailarinas, parejas de baile (..)" (fls. 100 a 102 vto)

- ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA *"(..) prestar servicios de cafebar, realizar y promocionar espectáculos*

Asimismo, encuentra la Sala similitud con relación a los establecimientos de comercio que registran a su nombre, en el que la ORGANIZACIÓN B&P SAS tiene matriculados los establecimientos de comercio "Aroma y Tanga Tradicional y Aroma y Tanga Deluxe" (fls. 102) y por su parte la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA tiene matriculado el establecimiento de comercio "Aroma y Tanga VIP" (fl. 104 vto), situación que guarda plena concordancia con la documental aportada por la demandante y que corresponde a unos desprendibles con el sello o logo de -AROMA Y TANGA- en los que reclamó presuntamente, a uno de los establecimientos de comercio el pago de unos shows, así como un desprendible de pago efectuado a la actora por la suma de $2.500.000 por concepto de -shows pendientes- y firma una persona de nombre "Javier Ortiz" e impone un sello de "Aroma y Tanga VIP".

En ese orden de ideas resulta claro para la Sala, que la labor realizada por la actora era propia del objeto contractual de cada una la demandadas, prestando sus servicios personales en el establecimiento de comercio -Aroma y Tanga-, que se encuentran matriculados a cargo de los demandados y el mismo representante legal- gerente (Edwin Burgos) en los términos acotados en precedencia, por lo que contrario a lo considerado por el *a quo* , en el que cuestionó la ausencia probatoria a cargo de la demandante con relación a la continuidad o no del servicio prestado, aunado al hecho de no haber asistido al interrogatorio de parte para aclarar la situación fáctica planteada; lo cierto es que dicha carga probatoria se encontraba en cabeza de las demandados, sin que desvirtuaran la presunción que la ley le impone, quedando demostrados en el presente asunto los elementos propios del contrato individual de trabajo, principalmente lo relacionado en las certificaciones allegadas, en la que es evidente adicionalmente conforme al acervo probatorio allegado al infolio, que la labor desarrollada por la actora era indispensable para el funcionamiento los establecimientos de comercio propiedad de los

accionados; razones suficientes para concluir que la señora ANZOLA MAHECHA tuvo contratos laborales con la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA, así como con LA ORGANIZACIÓN B&P SAS.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiere la parte actora que el vínculo laboral con las demandadas inició el 1 de enero de 2011 y finalizó el 11 de abril de 2015. No obstante, tales extremos no coinciden con lo consignado en las certificaciones laborales expedidas por cada una de las demandadas, la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO consigna como extremos entre el 01 de enero de 2011 y fecha de finalización de las labores el 30 de julio de 2014 y ORGANIZACIÓN B&P acreditó como fecha de ingreso 1 de agosto de 2014 hasta el 17 de febrero de 2015, fecha ultima que consigna en la fecha de elaboración de la constancia expedida, por lo que se tomaran estas fechas como los extremos en cada una de las relaciones laborales.

En cuanto al **salario**, se tendrá el **consignado** en cada una de las **certificaciones expedidas,** esto es, con la **ORGANIZACIÓN EDIMBURGO** la suma de **$2.350. 000** y con la **ORGANIZACIÓN B&P** la suma de **$2.750.000**.

Acreencias laborales

Ahora bien, reclama el demandante el pago de **prestaciones sociales y vacaciones** durante la vigencia de la relación laboral, debiéndose estudiar la excepción de *PRESCRIPCIÓN* propuesta por la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA, toda vez que ORGANIZACIÓN B&P no allegó escrito de contestación de demanda.

Como es sabido, el término de prescripción en materia laboral está regulado por los artículo 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normas que establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se hace exigible, y que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el

empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, tiene efectos de interrumpir el término de prescripción, únicamente por un lapso igual.

En el presente caso, quedó establecido que la relación laboral que ligó a la señora ANZOLA MAHECHA y ORGANIZACIÓN EDIMBURGO estuvo vigente desde el 01 de enero de 2011 hasta el 30 de julio de 2014, y dado que la demanda se presentó el día 10 de mayo de 2016, deberá declararse probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por esta demandada frente a las **acreencias laborales** causadas con anterioridad al **10 de mayo de 2013**, y las vacaciones causadas con anterioridad al 10 de mayo de 2012, sin que se vean afectadas por el fenómeno de la prescripción las cesantías, dado que las mismas se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y entre esa fecha y la presentación de la demandada no transcurrió el trienio prescriptivo.

Por lo anterior y realizado los cálculos aritméticos se establece que conforme al salario aquí declarado, al demandante le correspondería durante todo el tiempo laborado con ORGANIZACIÓN EDIMBURGO los siguientes pagos:

Primas: $2.878.750
Vacaciones: $2.614.375
Cesantías: $8.420.833
Intereses a las cesantías: $423.176

Por su parte, a la demandada ORGANIZACIÓN B&P S.A.S., le corresponde pagar por todo el tiempo laborado lo siguiente:

Primas: $1.497.222
Vacaciones: $748.611
Cesantías: $1.497.222
Intereses a las cesantías: $97.819

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas

vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre el demandante y la demandada, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación de la ex trabajadora al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado a la demandante a un fondo de pensiones por parte de las demandadas, forzoso resulta condenarlas a realizar la afiliación de la señora ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones:

- ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2011 al 31 de julio de 2014, teniendo como salario base la suma de $2.350.000.
- ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA del periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2014 al 17 de febrero de 2015, teniendo como salario base la suma de $2.750.000.

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en

sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Durante el devenir del presente proceso, se dejó en evidencia que la demandada quiso ocultar la verdadera relación que existió entre las partes, haciendo creer que se trató de un contrato de prestación de servicios, cuando claramente la labor ejercida por la actora estuvo regida por un contrato de carácter laboral, pues así se demostró en el presente asunto, al no haber desvirtuado la subordinación que tenía a su cargo, lo cual conlleva a la imposición de las sanciones solicitadas.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente.

Asimismo, dicha sanción también ésta sujeta al fenómeno de la prescripción, por lo que al haber declarado parcialmente probada la prescripción con relación a los derechos que se causaron con anterioridad al 11 de mayo de 2013, se tiene entonces que el empleador ORGANIZACIÓN EDIMBURGO tenía hasta el 14 de febrero de 2014 para consignar las cesantías proporcionales del año 2013, situación que no hizo, por lo que la sanción comenzó a correr a partir el 15 de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2014, fecha de terminación de la relación laboral por lo que le incumbe reconocer la suma de **$13.003.278.** En cuanto a las del año 2014, momento en que finalizó la

relación laboral aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas.

Con relación al empleador ORGANIZACIÓN B&P quien no propuso excepción de prescripción, tenía hasta el 14 de febrero de 2015 para consignar las cesantías proporcionales del año 2014, situación que no hizo por lo que la sanción comenzó a correr a partir el 15 de febrero de 2015 hasta el 17 de febrero de 2015, fecha de terminación de la relación laboral por lo que le incumbe reconocer la suma de **$183.334**. En cuanto al año 2015, momento en que finalizó la relación laboral aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas.

En lo que respecta a la **indemnización moratoria** al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte de las demandadas, ni haber justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada:

- ORGANIZACIÓN EDIMBURGO en la suma de **$78.333** pesos diarios a partir del 1 de agosto de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago, teniendo en cuenta que al haberse presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la misma corresponde a un día de salario por cada día de mora y hasta tanto las mismas sean canceladas, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 65 del CST y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 781 de 2003.
- ORGANIZACIÓN B&P en la suma de **$91.667** pesos diarios a partir del 18 de febrero de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago, teniendo en cuenta que al haberse presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la misma corresponde a un día de salario por cada día de mora y hasta tanto las mismas sean canceladas, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 65 del CST y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 781 de 2003.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Precisado lo anterior, en el presente asunto la actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar lo correspondiente al mismo, pues si bien dentro de los hechos contenidos en la demanda, aduce que el 25 de febrero de 2015, solicitó pago por trabajo suplementario, esto es, unos shows pendientes sin que lograra obtener su cancelación y que llevó a que se tomara la determinación por parte de la demandada ORGANIZACIÓN B&P de indicarle que no trabajaría sino hasta el 11 de abril de 2015 , lo cierto es que esta situación fáctica no está demostrada en el plenario, pues si bien milita a folio 17 una solicitud dirigida a Aroma y Tanga con fecha 25 de febrero de 2015 en la que solicitó el pago de 75 shows pendientes, lo cierto es que la misiva no cuenta con fecha de recibido por parte de ninguna de las aquí demandadas, ni mucho menos una renuncia motivada que permitiera inferir que en efecto su retiro se dio por los motivos expuestos en el libelo introductor.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **REVOCARÁ**, la decisión proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS:

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre la demandante ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA con la ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA desde el 01 de enero de 2011 al 31 de julio de 2014 y con la ORGANIZACIÓN B&P S.A.S desde el 1 de agosto de 2014 hasta el 17 de febrero de 2015, periodos en los cuales se desempeñó en el área de servicio al cliente en el establecimiento de comercio Aroma y Tanga, devengado como salarios la suma de $2.350.000 y $2.750.000, respectivamente, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos:

a) ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA

Primas: $2.878.750
Vacaciones: $2614.375
Cesantías: $8.420.833
Intereses a las cesantías: $423.176
Sanción por no consignación a las cesantías: en la suma de $13.003.278.
Indemnización moratoria: en la suma de $78.333 pesos diarios a partir del 1 de agosto de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago.

b) ORGANIZACIÓN B&P SAS

Primas: $1.497.222
Vacaciones: $748.611
Cesantías: $1.497.222
Intereses a las cesantías: $97.819
Sanción por no consignación a las cesantías: en la suma de $183.334.
Indemnización moratoria: en la suma de $91.667 pesos diarios a partir del 18 de febrero de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago.

TECERO: CONDENAR a las demandadas a realizar la afiliación de la señora ANYI YULIETH ANZOLA MAHECHA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones de la siguiente forma:

a) ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2011 al 31 de julio de 2014, teniendo como salario base

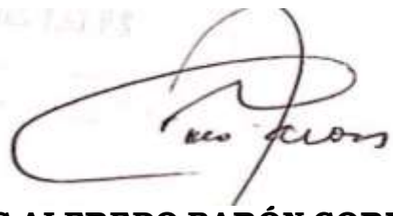
la suma de $2.350.000.

b) ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA del periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2014 al 17 de febrero de 2015, teniendo como salario base la suma de $2.750.000.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas ORGANIZACIÓN EDIMBURGO LTDA y ORGANIZACIÓN B&P S.A.S, de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

QUINTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – LORENZO ZUBIETA PARDO - contra – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LORENZO ZUBIETA PARDO,** se **declare** que PORVENIR S.A. incumplió con el deber de informar de forma veraz, completa y coherente al momento en que suscribió el formulario de afiliación, se **declare** nula la afiliación al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. ante el incumplimiento del deber de información, encontrándose válidamente afiliado al RPMPD y que se **declare** que son acumulables la totalidad de las semanas entre los dos regímenes. En consecuencia, se **condene** a PORVENIR S.A. a registrar en el sistema de información que el traslado estuvo viciado de nulidad, a transferir el total de dinero en la cuenta personal con rendimientos y que deberá transformarse en semanas, que se **condene** a COLPENSIONES a que active la afiliación y se **condene** a las costas que se generen en el proceso. De manera **subsidiaria**, solicitó se declarara la ineficacia de la afiliación como consecuencia del

incumplimiento del deber en la información previo al traslado de régimen pensional (fls. 61 a 63).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 52 a 61 y 115), señaló en síntesis, que nació el 10 de mayo de 1956, que inició su vida laboral el 10 de enero de 1980 y para la misma data inició cotizaciones a pensión con el ISS hasta 30 de septiembre de 1999 con 782.14 semanas, señalo que en agosto del año 1999 cotizando un total de 782.14 y que para esa misma data lo visitó una asesora de la AFP PORVENIR en las instalaciones donde se encontraba laborando, y que bajo engaños y sin el suministro de una explicación veraz y suficiente, se realizó el traslado de régimen sin que se realizara el comparativo entre regímenes pensionales, con total desconocimiento de que esto le implicaba y en el que le había suministrado la totalidad de los datos incluyendo las semanas y en el que se le prometió un mayor monto en la mesada pensional y poderse pensionar a más temprana edad, agregó que nunca fue informado por parte de la demandada la posibilidad de trasladarse faltando 10 años o menos. Acotó que PORVENIR S.A. no informó lo correspondiente a las consecuencias negativas, la pensión en cada uno de los regímenes, la posibilidad de retracto, el capital que debía reunir, todo lo correspondiente al bono pensional, la posibilidad de hacer aportes pensionales, la adquisición de seguros por pensión de invalidez y/o sobrevivencia y los gastos de administración.

Asimismo, informó que una vez se encontraba a más de un año para completar la edad requerida para obtener la pensión de vejez, por parte de la AFP PORVENIR S.A., se expidió la proyección en el que le exigía requisitos adicionales para hacerse acreedor del reconocimiento pensional, así como lo correspondiente a la mesada en la que sería significativamente inferior al que obtendría ene RPMPD, indicó que actualmente percibe pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que laboró en el sector privado con una jornada distinta a la laborada como docente del magisterio y que corresponde al cotizado con COLPENSIONES y posteriormente con PORVENIR S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.135 a 144), en la que se opuso a las pretensiones en esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 8 a 9, 36 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe e innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 165 a 175), se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1, 8 a 10, 23.4 a 23.5, 24 a 25 y 33 no ser ciertos los numerales 5 a 7, 12 a 23.3, 23.6 a 23.8, 26 a 27, 29, 34 a 35, 37 a 41 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de octubre de 2019 (CD – fl. 200), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al fondo AFP PORVENIR S.A. a partir del 30 de agosto de 1999 que tuvo efectividad 1 de octubre del mismo año, **declaró** como única afiliación valida al sistema general de pensiones la efectuada al ISS con cotizaciones del 10 de enero 1980 hoy COLPESNIONES, **condenó** a PORVENIR a trasladar la totalidad de los dineros que integran la cuenta individual del demandante y en general todos los frutos e intereses del artículo 1746 del CC y aportes y rendimientos realizados por este para que sean entregados COLPENSIONES, **condenó** a COLPENSIONES a aceptar los dineros por aportes pensionales y rendimientos que le sean traslados por porvenir para que se reflejen en la historia laboral de cotizaciones con RPMPD del demandante, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a las partes demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Como **fundamentó su decisión,** trajo a colación la normatividad que rige en torno al tema, esto es la Ley 100 de 1993 artículos 31 y ss y artículos 51 y ss, artículo 13 *ibidem*, así como los principios constitucionales y lo reiterado por la CSJ con relación a estos derechos pensionales, más exactamente lo correspondiente a cuando se alega la nulidad o ineficacia de los traslados de regímenes, en el que debe acreditar las AFP que cumplieron con ese deber de información, en el que no es suficiente la firma del formulario en el que solo prueba lo correspondiente al consentimiento más no lo relativo a la información, en el que trae como consecuencia que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que frente al caso en concreto y conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, el demandante no era beneficiario del régimen de transición, no obstante, no existe prueba que la demandada haya cumplido con el deber de información o en este caso no se probó con suficiencia, ya que lo manifestado por el representante legal de la entidad indicó que solo estaba el formulario de afiliación, limitándose única y exclusivamente a indicar en el interrogatorio de parte el representante legal que los asesores estaban capacitados para el momento en que se efectuaban los traslados, en el que hay confesión por parte de este con relación a esa omisión, en el que se precisa que no es suficiente el formulario y el demandante tampoco confesó que la AFP haya cumplido con lo referente, así como los testigos no indicaron que PORVENIR haya cumplido con ese deber de informar ya que no presenciaron el acto de afiliación, por lo que se dieron los presupuestos para declarar la ineficacia y ordenar a trasladar los recursos por parte de PORVENIR junto con sus frutos e intereses y COLPENSIONES a recibirlos.

Por otro lado y con relación al pronunciamiento que solicitó el demandante se realizara con relación a la compatibilidad de pensiones entre el FOMAG y la que obtendría por COLPENSIONES mediante adición de sentencia, precisó que no había lugar a ello, teniendo en cuenta que no fue solicitado en el petitum de la demanda y sería COLPENSIONES quien se pronunciara sobre el particular, una vez tuviera la totalidad de emolumentos ordenados en la decisión.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis que en el interrogatorio de parte el representante legal de PORVENIR había indicado que lo relevante era la falta de información que se la haya podido dar al afiliado al momento en que se efectuó el traslado, con relación a los testigos los mismos no habían sido presenciales por lo que no podían dar información con relación a las circunstancias en las que se realizó la afiliación, con relación a la falta de información nadie podía aducir desconocimiento de la ley, y que las características del RAIS estaban contenidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la información que daban los asesores nacían de las mismas inquietudes de los afiliados y que para el momento histórico no existía obligación diferente que la de allegar el formulario, sin que se exigiera ningún soporte documental solo este se exigió en el año 2014, agregó que el demandante había referido en su interrogatorio de parte que le habían indicado previo a la afiliación que la mesada pensional podía ser mayor, situación que corresponde a la realidad en el RAIS, así como la pensión anticipada, por lo que la información no podía ser diferente a la que pudo haber ofrecido en ese momento el asesor.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de Horizonte hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó de manera principal la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido

consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor LORENZO ZUBIETA PARDO el 30 de agosto de 1999 (fl. 7 y 162), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., donde se encuentra afiliado en la actualidad (fl. 151); efectuando cotizaciones en el RAIS desde septiembre de 1999 a la fecha (fls. 153 a 157 vto). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fl. 12 a 15), se denota que cotizó a esta de forma interrumpida del 10 de enero de 1980 a 30 de septiembre de 1999.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 7 y 162 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PORVENIR, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien el demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios, tal y como lo afirmó de manera equivocada el recurrente.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR pues es la administradora quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la

misma fue veraz, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento o en su defecto afirmar que por haber mencionado algunas características propias del RAIS, tal y como lo cuestiona en sus argumentos de disenso, esto es cuando el actor afirmó en su interrogatorio de parte, en que el asesor le había indicado previo al traslado, la posibilidad de poder obtener una mayor mesada pensional o una pensión anticipada y con ella dar por demostrado que PORVENIR cumplió con el deber de información a su cargo.

Ahora bien, aduce adicionalmente la demandada en sus motivos de disenso, que las características del RAIS estaban contenidas en la Ley 100 de 1993 y que para la época en que se efectuó el traslado no existía obligación diferente que la de suscribir el formulario de afiliación y que la asesoría solo se daba conforme iban surgiendo las dudas del afiliado previo a la materialización del traslado y que solo surgió dicha obligatoriedad en el año 2014, no obstante tal circunstancia carece de soporte jurídico y por el contrario la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, precisó:

> *"Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 (LEY 100 DE 1993) atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones,* ***debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales»*** *en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»."*

Por lo anterior, es claro que el deber de información a cargo de las AFP en los términos en que le era exigible para la época del traslado del demandante, consistía en ofrecer "(…) *la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que*

les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado." (núm. 1 artículo 97 Decreto 663 de 1993), premisa que implica una descripción de las características, condiciones de acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva del régimen, en un lenguaje simple y comprensible, situación que en el presente asunto claramente no se presentó.

Finalmente y con relación a los testigos allegados al infolio y que también cuestiona PORVENIR lo correspondiente a la valoración dada, lo cierto es que la Sala no realizará pronunciamiento alguno sobre el particular, teniendo en cuenta que lo indicado por el *a quo*, con relación a los mismos es que no habían presenciado el acto de la afiliación, sino única y exclusivamente lo correspondiente a la forma en que se desarrollaba los procesos de afiliación y/o traslado, sin que con base en ese medio probatorio haya fundado su decisión.

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que

haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR el ordinal segundo del proveído objeto de alzada y consulta, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos, es claro que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

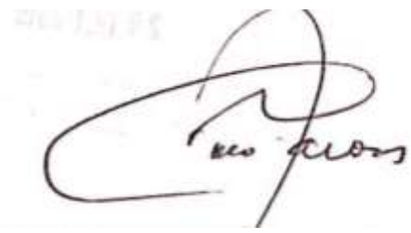
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 9 de octubre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



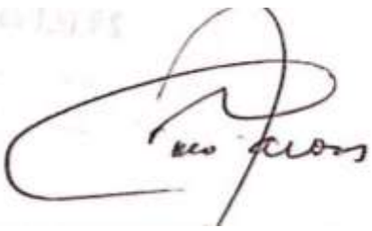
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – FRANK HIGGINS PARDO VERA - contra –DORIS PARDO ROA-.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FRANK HIGGINS PARDO VERA,** se **declare** que entre la señora DORIS PARDO ROA existió un contrato de trabajo, el cual terminó por causa imputable al empleador. Como consecuencia, se **condene** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, al pago de aportes pensionales entre el 1 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2015, al salario del último mes laborado, indemnización la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5 a 9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5 y 73 a 83), señaló en síntesis, que el 27 de septiembre de 1999 celebraron un contrato a término indefinido de forma verbal, en el que se vinculó como auxiliar contable, cumpliendo un jornada laboral y devengando como salario el mínimo mensual, agregó que entre el año 1999 a 2000 le pagó las señora PARDO ROA lo correspondiente a salarios más prestaciones sociales, pero no le hizo pagos a seguridad social, agregó que al inicio de la relación laboral

tenía un técnico en contabilidad y finanzas pero que a lo largo de la relación laboral culminó sus estudios como contador público por lo que aumentaron sus obligaciones, ejerciendo entre otros, compras y ventas, nóminas, retenciones en la fuente, auditoría de procesos, conciliaciones bancarias, trabajos de tesorería, manejo de claves, claves bancarias, cupos rotativos, acotó que la demandada era contadora de Supermercados, distribuidoras, comercializadoras entre otros. Acotó que a partir del 1 de enero de 2001 ingresó a la nómina de una empresa -Frigorífico del Norte SAS- y que la señora PARDO ROA por aparte le pagaba otro salario que correspondía al mínimo y que a partir del año 2002 hasta el 2015 le pagaba algo más y que para el 30 de septiembre de 2015 la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo sin pagarle lo correspondiente a ese mes laborado. Finalizó indicando que cuenta con correos electrónicos que soportan las órdenes que le daba la demandada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

DORIS PARDO ROA- contestó el introductorio (fls. 88 a 97), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 5, 7 y 13, negó los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la relación laboral y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de junio de 2019 (CD – fl. 102), **absolvió** a la señora DORIS PARDO ROA de las pretensiones incoadas por el señor FRANK HIGGINS PARDO VERA y **condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación lo establecido en el artículo 23 y 24 del CST e indicó que conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, debía establecerse si el demandante probó la prestación del servicio y a su vez si la demandada había desvirtuado lo correspondiente, trayendo a colación lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte y lo consignado en la demanda, precisando que no guardaba congruencia uno con otro, en el sentido que indicó que tenía un contrato paralelo con la

demandada y frigorífico del norte, pues en interrogatorio de parte indicó que era una falacia el contrato que tenía con el frigorífico cuando en realidad lo había tenido con la demandada, pero contrario a lo afirmado por la revisora fiscal, indicó que la dinámica de las labores no se modificaron después de haberse terminado el contrato es decir, que al haberse terminado el contrato dicha situación debió cambiar después de 2015, no obstante, todo continuó bajo su curso normal, aunado a los correos electrónicos que allegó como prueba, todos guarda relación con frigonorte, en donde la demandada en calidad de contadora y el actor en calidad de asistente hubiera un cruce de correos, independientemente que la demandada estuviera o no contratada mediante contrato laboral, por lo que el demandante debió concentrarse de manera directa en indicar cuales eran esas funciones que le realizaba a la demandada, aquí se confundió lo correspondiente al contrato laboral con el frigorífico con los trabajos realizados a la demandada, aunado al hecho que si bien existe un cruce de correos con relación a otras empresas no existe una continuidad sino que corresponde a unas situaciones esporádicas, por lo que solo se corresponde a su dicho y la demandada desvirtuó la subordinación, existiendo entre las partes una relación de cooperación como profesiones liberales, en las que se repartían el trabajo junto con los honorarios.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA recurrió la decisión de fecha 20 de junio 2019 (CD-fl. 101), no obstante, mediante memorial radicado el 23 de julio de 2019 (fl. 108) **desistió del recurso interpuesto**; el cual fue aceptado por el Ponente mediante proveído de fecha 12 del mes de agosto de 2019 y a su vez se determinó que se surtiría en el presente asunto, el grado jurisdiccional de consulta en los términos previstos en el artículo 69 del CPTSS (f. 110).

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si el demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con DORIS PARDO ROA, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente por ésta y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Asimismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral, determinar si hay lugar el reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el líbelo demandatorio y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".* Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al demandado a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

No existe discusión en el caso *sub examine* la prestación personal del servicio del demandante, pues así lo acredita los diferentes correos

electrónicos allegados al expediente (fls. 14 a 65) en el que obran contenidos de índole personal y profesional, el primero de ellos, con relación a la familiaridad con la que se escribían y a lo manifestado por la demandada en su interrogatorio de parte, en el que afirmó que el demandante era su sobrino y que llegó a su apartamento en Bogotá en septiembre de 1999 en busca de trabajo pero ante la imposibilidad de poder ofrecérselo, le brindo vivienda y alimentación y que para el año 2000 le encomendó realizar algunos trabajos de manera puntual y esporádica y una vez se graduó como contador, ella era quien realizaba las negociaciones de los contratos por servicios profesionales y le indagaba a su sobrino (demandante) la disponibilidad de tiempo, para que se encargara de la parte contable y ella de la parte fiscal y tributaria y que por la labor que desarrollaba le asignaba un 30% sobre el total de los honorarios pactados y que cada uno era autónomo, por tratarse de una labor entre profesionales.

En tal sentido, no cabe duda que en el presente asuntó operó la presunción del artículo 24 del CST, debiéndose entonces analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutaron las labores, si el actor actuó con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado.

Indicó la demandada en su interrogatorio de parte, que su sobrino era auxiliar contable y posteriormente se graduó como contador y que debido a ello, le ofrecía que entre los dos realizaran las asesorías profesionales, atendiendo su experticia en el área contable y en la que ella se encargaba, puntualmente, de la parte fiscal, situación que ratificó el deponente Parmenio Pardo, en su calidad de tío del demandante y hermano de la demandada y representante legal de la empresa Orjuela Pardo Ltda, en el que indicó que ente los años 2010 a 2013, le solicitó a la demandada se encargara de toda la parte contable de su empresa y en el que la señora PARDO ROA le había pedido autorización de llevar en esa negociación al demandante, precisándole los roles que se encargaría cada uno, situación a la que no se opuso, por tratarse de dos profesionales, por lo que le pagaba a la demandada para que a su vez le cancelara al demandante, sin recordar a cuanto ascendían esos honorarios.

Asimismo, se allegaron sendas copias de correos electrónicos remitidos por la demandada al actor (fls. 14 a 65) procediendo a su clasificación conforme se expone a continuación:

Cuadro No. 1.

Correos electrónicos	Observación
folios 14, 18, 20, 21,37,48, 57, 58, 60,62,	No tiene ninguna orientación y/o instrucción en particular de la demandada para el demandante, corresponden a sitauciones personales o de remisión de información, o no se dirigió directamente al demandante

De los anteriores, no se logra extraer ninguna situación fáctica en particular, toda vez que corresponden a comunicaciones de orden familiar y personal o comunicaciones que no fueron dirigidas directamente por la demandada al actor, sino "aparentemente" poniéndole en conocimiento alguna situación.

De igual forma, obran correos electrónicos en el que no tienen una solicitud de gestión en particular, esto es son comunicaciones más técnicas en la que se adjuntan archivos relacionados con temas contables:

Cuadro No. 2.

Folios	Fecha	Observación
folio 21	17 de enero 2011	ventas diciembre 2010-reporte
folio 23	01 de junio de 2010	Envío concepto Dr. Corredor
folio 24	17 de agosto de 2010	informe julio orjuela .-cuadro utilidaddes
folio 30	09 de mayo de 2011	ventas de marzo de 2011
folio 30	09 de mayo de 2011	ventas de marzo de 2011
folio 31	26 de julio de 2011	envío de facturas de bolsa de surtifruver
folio 35	04 de octubre de 2011	información de socios
folio 41	23 de enero de 2013	informe diciembre de 2012
folios 43 A 46	10 de abril de 2013, 12 de abril de 2013, 10 de mayo de 2013, 4 de junio de 2013	información de renta aphotek sas, adjunta carta de rafael becerra, balance diciembre 2012 bal hands y envio de una hoja de vida de una auxiliar contable, respectivamente
folios 49 a 51	12-15 agosto- 05 septiembre de 2013	remisión de balances y rentas
folio 53	22 de enero de 2014	firma digital Martin Dulcey
folios 56	11 de abril de 2014,	información orjuela pardo,

Ahora bien, obran también comunicaciones remitidas por la demandada al demandante, con trabajos contables relacionados con una empresa que denominó este último como Frigorífico del Norte Frigonorte SAS desde el libelo introductor, en el que puso en conocimiento que para enero de 2001, había suscrito contrato de trabajo con esta sociedad, situación que ratificó la demandada en su interrogatorio de parte en el que indicó que la empresa era propiedad de su hermano y que fue contratado allí gracias a la intervención por ella realizada y que coincidió también con lo manifestado por la testigo Diana Milena Salcedo, puntualizando que para el año 2005 ejerció (la deponente) sus funciones en la mencionada empresa como aprendiz Sena en el área contable y que durante los ocho meses en que adelantó sus prácticas, el demandante revisaba y corregía sus tareas y que en algunas ocasiones se dio cuenta que quien le daba las instrucciones al actor era la demandada, ya que el cargo del señor PARDO VERA era el de asistente contable. De igual forma, la testigo Luz Dary Olaya, en su calidad de Revisora Fiscal de "Frigonorte" desde el año 2002 o 2003, precisó que el demandante era el asistente contable del frigorífico con contrato a término indefinido y la señora DORIS PARDO la contadora por Contrato de Prestación de Servicios y que en efecto esta última dirigía y corregía el trabajo del actor y que encuentra pleno respaldo con los correos que se relacionan a continuación:

Cuadro No. 3.

correos electronicos	fecha	observación
folio 18	11 de octubre de 2010	Envío ventas frigo 2010
folio 26	09 de septiembre de 2010	ventas frigonorte para imprimir
folio 28	07 de marzo de 2011	ventas de enero y febrero frigonorte
folios 54 a 55	5 de febrero de 2014	solicitud para hablar con ingenieros de medios magneticos 2013 y 2014 Frigo
folio 59	17 de diciembre de 2014	Remisión diseño de politicas contables para Frigonorte
folio 63	22 de febrero de 2015	solicitud de presentar declaracione de retención en la fuente e ICA - frigonorte

Por otro lado, también se allegaron comunicaciones electrónicas de solicitudes realizadas por la demandada con relación Orjuela Pardo Ltda, en la que manifestó la demandada en interrogatorio de parte era un empresa

en la que junto con el demandante asesoraban tanto la parte contable como tributaria y en el que su propietario y/o representante legal testigo en el presente proceso, señor Parmenio Pardo, indicó que cada uno cumplía una labor específica, el sobrino se encargaba de la parte contable y su hermana de la parte fiscal, coincidiendo con la afirmado la testigo Luz Dary Olaya Castillo, en la que resaltó que para esa empresa ella prestó una asesoría junto con el demandante y la demandada en calidad de revisora fiscal:

Cuadro No. 4.

correos electronicos	fecha	observación
folio 19	12 de septiembre de 2010	Estado informe orjuela pardo ltda-solicitud de reenvio de correo
folio 24	17 de agosto de 2010	informe julio orjuela .-cuadro utilidaddes
folio 25	20 de agosto de 2010	resumen de ingresos de orjuela pardo
folios 38,39	29 de noviembre de 2011, 17 de agosto de 2012	información de socios de orjuela pardo ltda y acta No 10
folio 47	03 de julio de 2013	solicitud de envío información de estados financieros de Orjuela Pardo para hacer un credito y solicitud de envío en otro formato
folio 52	24 de septiembre de 2013	Solicitud de impresión de informe orjuela pardo -para revisión de otras dos personas naturales
folios 56	11 de abril de 2014,	información orjuela pardo,

Por último es importante precisar, que dentro del libelo demandatario también afirmó el demandante haber ejercido labores como auxiliar contable a favor de la señora DORIS PARDO a quien trabajaba como contadora de empresas tales como Supermercado Cundinamarca Sede Faca, Distribuidora de Cosméticos Ghem, Expresarte Ltda, comercializadora de frutas y verduras, y Areola ltda y en el que la demandada no desconoció en interrogatorio de parte, pero si resaltó que la labor no era la de un trabajador, sino de un colega en el que prestaron sus servicios profesionales en Expresarte y Areola, ratificando la modalidad en la que se dividían las labores (parte demandante contable y parte demandada fiscal), por lo que frente a ello, también existen correos electrónicos con las dos últimas mencionadas, así como a otras empresas que no fueron nombradas por las partes:

Cuadro No. 5.

folios	Fecha	Observación
folio 15	29 de diciembre de 2008	solicitud de imprimir informe
folio 16	27 de julio de 2009	solicitud de radicación derecho de petición
folio 17	12 de septiembre de 2009	Envío conciliación, cheques no contabilizados, y solicitud de revisión d echeques girados pero no cobrados.
folio 22	04 de febrero de 2010	formato de compras diarias-control diario, solicitud de revisar que se encuenrte completa la información
folio 24	17 de agosto de 2010	informe julio orjuela .-cuadro utilidaddes
folio 25	20 de agosto de 2010	resumen de ingresos de orjuela pardo
folio 27	14 de febrero de 2011	descuento en distribución de utilidades y le indica que debe descontar unos valores
folios 29	8 de marzo de 2011	rte fuente hands working -solicitud de dejar firmada declaración de iva
folio 32	10 de agosto de 2011	informe hands working solicitandolo pasara a una persona de nombre Yuli
folio 33	14 de agosto de 2012	Remisión formato para calculo de impuesto de renta 2011
folio 34	16 de setiembre de 2011	Solicitud de revisión de datos si corresponde a otra información
folios 36	19 de octubre 2012	solicitud de reemplazo de informe
folio 40	3 de diciembre de 2012	Solicitud de cambio d actividades economicas de todas las personas que declaran
folio 61	11 de enero de 2015	solicitudd e actualización word oficce antes del año 2015

Precisado lo anterior, la Sala llega a varias conclusiones, la primera de ellas es lo relacionado al contrato de trabajo vigente entre el señor PARDO VERA y le empresa Frigonorte SAS, en el que quien supervisaba su trabajo, realizaba correcciones y solicitaba información era la demandada, toda vez que la señora DORIS PARDO funge como contadora externa de esa sociedad y si bien el actor intentó cuestionar esa subordinación y control que ejercía sobre su cargo, lo cierto es que esta instancia no encuentra reparo alguno con relación al mismo, por el contrario encuentra totalmente natural que atendiendo la posición de cada uno con el frigorífico, deban tener bastante comunicación, requerimientos, remisión de documentos entre otros; en el que adicionalmente la señora Luz Dary Olaya (revisora fiscal Frigonorte) manifestó que esa forma de trabajo se mantiene actualmente, bajo la acotación que ella también participa de esa forma de comunicación entre las partes.

Ahora, lo que si no puede pasar por alto la Sala son los correos electrónicos con solicitudes realizadas por la demandada, con relación a otras personas naturales y jurídicas, en el que si bien la señora DORIS PARDO indicó en interrogatorio de parte, que el actor adelantó algunas labores con relación a los contratos por prestación de servicios que a ella le eran asignados, bajo

un estricta autonomía y previa separación de especialidades –contable y tributaria-, no obstante su dicho no resulta suficiente para desvirtuar la presunción que la ley le impone, por el contrario existen serios indicios de subordinación con relación a los correos electrónicos que fueron clasificados en los cuadros No. 4 y 5, toda vez que no emerge con claridad que se haya tratado de un trabajo independiente y entre profesionales, por el contrario, la demandada realiza solicitudes muy puntuales para adelantar trabajos a su favor, incluyendo las comunicaciones que fueron consignadas en el cuadro No. 2, pues es evidente que si remitía documentos tales como balances, informes de venta, retenciones en la fuente, actas, rentas y otra clase de informes, sin una solicitud en particular, es porque el demandante ya tenía una instrucción previa de lo que puntualmente debía gestionar.

Por lo anterior, resulta forzoso traer a colación reciente jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia SL 1439 de 2021 Rad. 72624, en el que trajo a colación indicios o elementos subjetivos, que permiten deducir una relación de trabajo subordinada:

> *"(…) En aras de determinar la existencia de una relación de trabajo subordinada, es bien conocida la técnica del haz de indicios, es decir, criterios que reflejan los rasgos más comunes de un vínculo laboral dependiente. Se trata de recabar, analizar y sopesar datos fácticos relevantes que denoten el ejercicio de facultades empresariales de organización, dirección y control de las condiciones de trabajo.*
>
> *El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo enuncia algunos de estos indicios, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos. No obstante, esta mención normativa tiene el carácter enunciativa y no taxativa, de modo que pueden existir otros indicios o elementos objetivos que permitan deducir una relación de trabajo subordinada. Si, como atrás se afirmó, el poder de dirección y control que desemboca en subordinación es la razón de ser del contrato laboral, este poder puede manifestarse de diversas formas, según los usos, técnicas o tecnologías que el empresario utilice para alcanzar sus fines lucrativos e, incluso, según las épocas en que se ejerza esta facultad. (…)"*

Es de acotar, que las actividades desarrolladas por el actor no pueden ser consideradas autónomas e independientes, ya que para ejecutarlas debió mediar una subordinación y si presuntamente existió una libertad con la que desarrolló la labor, esta se debió precisamente al conocimiento y experticia en el campo de la contaduría, la cual podía desarrollarse en los momentos que destinaba para ello y teniendo siempre una disponibilidad para desarrollar las actividades que le eran encomendadas por la demandada, siendo todos estos elementos configurativos de una relación netamente laboral, que la señora DORIS PARDO quiso disfrazar a través de presuntos acuerdos verbales entre profesionales y de los que realizó pagos de honorarios sin dejar soporte alguno.

Por tales motivos, no queda más que **REVOCAR** la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar la existencia de una relación laboral entre las aquí partes.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiere la parte actora que el vínculo laboral con la demandada DORIS PARDO ROA inició el 27 de septiembre de 1999 y terminó el 30 de septiembre de 2015, en relación, a ello la demandada en interrogatorio de parte afirmó que el actor le realizó algunos trabajos desde el año 2000 pero nada refirió con relación a una fecha fin, por el contrario, si bien refirió unas disputas familiares que se generaron para inicios de abril de 2015 y que dicha situación le generó incomodidad e indisposición, lo cierto es que en su deponencia no refirió ninguna fecha final, así como tampoco nada se logra extraer del acervo probatorio allegado al infolio.

A la misma conclusión se llega, con relación a los **días de la semana** efectivamente trabajados, así como las **horas en el día** que dedicaba para ejercer las labores encomendadas por la demandada, pues nada se consignó en el libelo introductor con relación a ello y solo en interrogatorio de parte, el demandante manifestó que tres días laboraba para el frigorífico y dos días a servicio de la demandada, sin puntualizar que días de la semana desplegaba sus actividades a favor de la señora DORIS PARDO y si bien

también indicó un tema de disponibilidad, en que a cualquier hora del día debía atender el llamado de la accionada, omitió indicar cuantas horas del día destinaba para ello, por lo que mal haría esta instancia presumir que en efecto el demandante adelantaba sus labores dentro de una jornada ordinaria laboral (artículo 160 del CST) y adentrarse en el estudio de las condenas con base en un salario mínimo legal vigente, cuando claramente frente a este tópico aseveró el actor, que quien pagaba el salario mínimo legal era su empleador Frigonorte y que la demandada solo le cancelaba unas diferencias salariales, sin precisar los montos realmente pagados por ella.

En este punto es importante precisar que si bien el Juez Laboral tiene amplias facultades para formarse el libre convencimiento a través de la sana critica, no lo es menos que tales atribuciones no llegan hasta el punto que de manera arbitraria, de por demostrados hechos y circunstancias que requieren una comprobación fehaciente, ni mucho menos suplir la carga de la prueba en aspectos tan determinantes como los extremos de la relación laboral, la jornada ordinaria laboral y la remuneración.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** la decisión impartida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la existencia de una relación laboral entre las partes y **CONFIRMAR** en lo demás.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

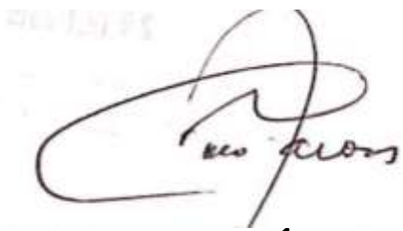
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia consultada proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la existencia de una relación laboral entre FRANK HIGGINS PARDO VERA y DORIS PARDO ROA, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

NOMBRE	LUIS ALBERTO RODRIGUEZ CASTILLO
CEDULA	4227634
FECHA DE NACIMIENTO	17/08/1946
Año de la pensión	2013

Año	Fecha inicial	Fecha final	Dias	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario	Salario Actualizado	Salario por dias
2003	1/03/2003	31/03/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/04/2003	30/04/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/05/2003	31/05/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/06/2003	30/06/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/07/2003	31/07/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/08/2003	31/08/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/09/2003	30/09/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/10/2003	31/10/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/11/2003	30/11/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2003	1/12/2003	31/12/2003	30	49,83	78,05	1,57	$ 332.000,00	$521.240,00	$15.637.200,00
2004	1/01/2004	31/01/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/02/2004	29/02/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/03/2004	31/03/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/04/2004	30/04/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/05/2004	31/05/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/06/2004	30/06/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/07/2004	31/07/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/08/2004	31/08/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/09/2004	30/09/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/10/2004	31/10/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/11/2004	30/11/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2004	1/12/2004	31/12/2004	30	53,07	78,05	1,47	$ 358.000,00	$526.260,00	$15.787.800,00
2005	1/01/2005	31/01/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/02/2005	28/02/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/03/2005	31/03/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/04/2005	30/04/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/05/2005	31/05/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/06/2005	30/06/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/07/2005	31/07/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/08/2005	31/08/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/09/2005	30/09/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/10/2005	31/10/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/11/2005	30/11/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2005	1/12/2005	31/12/2005	30	55,99	78,05	1,39	$ 381.500,00	$530.285,00	$15.908.550,00
2006	1/01/2006	31/01/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/02/2006	28/02/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/03/2006	31/03/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/04/2006	30/04/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/05/2006	31/05/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/06/2006	30/06/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/07/2006	31/07/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/08/2006	31/08/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/09/2006	30/09/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/10/2006	31/10/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/11/2006	30/11/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2006	1/12/2006	31/12/2006	30	58,7	78,05	1,33	$ 408.000,00	$542.640,00	$16.279.200,00
2007	1/01/2007	31/01/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/02/2007	28/02/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/03/2007	31/03/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/04/2007	30/04/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/05/2007	31/05/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/06/2007	30/06/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/07/2007	31/07/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/08/2007	31/08/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/09/2007	30/09/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/10/2007	31/10/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/11/2007	30/11/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2007	1/12/2007	31/12/2007	30	61,33	78,05	1,27	$ 434.000,00	$551.180,00	$16.535.400,00
2008	1/01/2008	31/01/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/02/2008	29/02/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/03/2008	31/03/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/04/2008	30/04/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/05/2008	31/05/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/06/2008	30/06/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/07/2008	31/07/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/08/2008	31/08/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/09/2008	30/09/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/10/2008	31/10/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2008	1/11/2008	30/11/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00

2008	1/12/2008	31/12/2008	30	64,82	78,05	1,20	$ 462.000,00	$554.400,00	$16.632.000,00
2009	1/01/2009	31/01/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/02/2009	28/02/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/03/2009	31/03/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/04/2009	30/04/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/05/2009	31/05/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/06/2009	30/06/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/07/2009	31/07/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/08/2009	31/08/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/09/2009	30/09/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/10/2009	31/10/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/11/2009	30/11/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2009	1/12/2009	31/12/2009	30	69,8	78,05	1,12	$ 497.000,00	$556.640,00	$16.699.200,00
2010	1/01/2010	31/01/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/02/2010	28/02/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/03/2010	31/03/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/04/2010	30/04/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/05/2010	31/05/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/06/2010	30/06/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/07/2010	31/07/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/08/2010	31/08/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/09/2010	30/09/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/10/2010	31/10/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/11/2010	30/11/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2010	1/12/2010	31/12/2010	30	71,2	78,05	1,10	$ 515.000,00	$566.500,00	$16.995.000,00
2011	1/01/2011	31/01/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/02/2011	28/02/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/03/2011	31/03/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/04/2011	30/04/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/05/2011	31/05/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/06/2011	30/06/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/07/2011	31/07/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/08/2011	31/08/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/09/2011	30/09/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/10/2011	31/10/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/11/2011	30/11/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2011	1/12/2011	31/12/2011	30	73,45	78,05	1,06	$ 536.000,00	$568.160,00	$17.044.800,00
2012	1/01/2012	31/01/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/02/2012	29/02/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/03/2012	31/03/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/04/2012	30/04/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/05/2012	31/05/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/06/2012	30/06/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/07/2012	31/07/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/08/2012	31/08/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/09/2012	30/09/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/10/2012	31/10/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/11/2012	30/11/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2012	1/12/2012	31/12/2012	30	76,19	78,05	1,02	$ 567.000,00	$578.340,00	$17.350.200,00
2013	1/01/2013	31/01/2013	30	78,05	78,05	1,00	$ 589.500,00	$589.500,00	$17.685.000,00
2013	1/02/2013	28/02/2013	30	78,05	78,05	1,00	$ 589.500,00	$589.500,00	$17.685.000,00
Dias cotizados			3.600,00	Salarios por dias cotizados					$1.888.704.600,00
Semanas cotizadas			514,29	**Valor del IBL 10 úitimos años 2013**					**$524.640,17**
				Vaor de la tasa de reemplazo					81%
				Valor de la mesada pensional 2013					**$ 424.958,54**
				SMML Vigente 2013					$589.500,00

Tabla del Retroactivo Pensional desde 01/03/2013 al 31/08/2021

Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor de mesada	No. De Mesadas	Valor Retroactivo
2013	1/03/2013	31/12/2013	2,44%	$ 589.500	12	$ 7.074.000,00
2014	1/01/2014	31/12/2014	1,94%	$ 616.000	14	$ 8.624.000,00
2015	1/01/2015	31/12/2015	3,66%	$ 644.350	14	$ 9.020.900,00
2016	1/01/2016	31/12/2016	6,77%	$ 689.455	14	$ 9.652.370,00
2017	1/01/2017	31/12/2017	5,75%	$ 737.717	14	$ 10.328.038,00
2018	1/01/2018	31/12/2018	4,09%	$ 781.242	14	$ 10.937.388,00
2019	1/01/2019	31/12/2019	3,18%	$ 828.116	14	$ 11.593.624,00
2020	1/01/2020	31/12/2020	3,80%	$ 877.803	14	$ 12.289.242,00
2021	1/01/2021	31/08/2021	1,61%	$ 908.526	9	$ 8.176.734,00
Valor del retroactivo pensional desde 01/03/2013 AL 31/08/2021						**$ 87.696.296,00**

Semansa cotizadas al 28/02/2013	1.135,29

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR SERVIOLA SAS CONTRA COOMEVA EPS

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 1° de JULIO de 2020 (fls. 51 a 57).

ANTECEDENTES

SERVIOLA SAS acude a la presente acción[1] a efectos de que se **condene** a que la EPS COOMEVA pague a la compañía 34 incapacidades otorgadas a sus trabajadores, se **condene** al pago de intereses moratorios y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicita se **condene** a la indexación de los valores adeudados.

[1] Folio 1 a 9

Fundamenta sus pretensiones en que la compañía suscribió contratos de trabajo con los siguientes trabajadores: JAIRO ALBERTO RAMÍREZ SÁNCHEZ, MARÍA MAGDALENA BALLEN MONTERO, ZULAY ESTHER CHARRIS BLANQUICETT, CAROLINA TORRADO VEGA, LUCELLY TORRES LOAIZA, DAYANA PATRICIA DÍAZ JIMENEZ, LILIANA PATRICIA VILLADIEGO SEVERICHE, ANA YOLENNY CASTILLO MOSQUERA, CÉSAR ALBERTO, ORTEGA SANTIAGO, JOSÉ GABRIEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, JHONATAN ANDRÉS RAMÍREZ ACEVEDO, ANGELA PATRICIA LARA ÁLVAREZ, TANIA GÓMEZ BLANCO, CARLOS FERNEY MARRUGO JULIAO, ANA LUCÍA AREVALO DOBLADO, DERLY CATERIN TORRES DUARTE, DIANA MARCELA CORDOBA CAICEDO, LUIS MIGUEL BUSTILLO MONTIEL, MARÍA MERCEDES ARROYO LAZARO, YURY ANDREA VILLQUIRAN GUTIÉRREZ, JOHANA PATRICIA CASAS IDROBO, KATERIN ANDREA SALAZAR MARROQUÍN, HALIET ARLET GUTIÉRREZ TALAIGA y LUZ KARIME HENAO ROJAS, que los trabajadores se encuentran afiliados a la EPS demandada en calidad de cotizantes dependientes, que durante la vigencia de la relación laboral con la compañía los trabajadores presentaron incapacidades médicas por enfermedad general, que sobre dichas incapacidades se presentó solicitud de pago ante la EPS, que a la fecha de presentación de la demanda la EPS se ha negado a pagar, que la empresa a pagado las incapacidades de sus trabajadores y no ha estado mora respecto de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EPS COOMEVA** contestó señalando que no acepta el reconocimiento de las incapacidades solicitadas, por cuanto a generado todos los trámites administrativos correspondientes para otorgar los servicios de salud requeridos por el usuario, de igual forma a generado todos los trámites

correspondientes en aras de generar el reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas, propuso como excepciones buena fe frente a la cual aduce que ha validado con el área encargada de prestaciones económicas, quienes una vez verificado el sistema de información evidenciaron que las incapacidades relacionadas por la sociedad se encuentran en trámite de pago, razón por la cual se solicita determinar que se ha procedido con lealtad jurídica.

Manifiesta también que el área de prestaciones económicas india que bajo el aportante ATECNO S.A. se evidenció el pago de varias de las incapacidades solicitadas, por lo que, COOMEVA EPS procedió a realizar la respectiva validación de las incapacidades, las cuales se encuentran estado pagado, otras de las incapacidades se encuentran pendiente de pago y la incapacidad de DERLY CATERIN TORRES DUARTE fue negada por no cumplir con las semanas de cotización establecidas para el reconocimiento económico (fls.48).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 1° de julio de 2020 (fls. 52 a 57), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, **ordenó** a COOMEVA EPS pagar la suma de $677.987 con las respectivas actualizaciones monetarias a favor de la sociedad SERVIOLA SAS dentro del término de 5 días una vez ejecutoriada la sentencia, **ordenó** a COOMEVA EPS a pagar la suma de $33.899 en favor de la empresa demandante por concepto de agencias en derecho, correspondiente al 5% de la prestación reconocida.

Como sustento a su decisión estableció que no existe controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de algunas de las prestaciones económicas deprecadas, toda vez que COOMEVA había manifestado que procedió a reconocer, liquidar y pagar algunas de las incapacidades solicitadas, que en virtud de ella la Superintendencia de Salud procedió a requerir a la empresa demandante con el fin de que certificará el pago de las prestaciones económicas, requerimiento que fue contestado el 18 de junio de 2020, manifestando que algunas de las incapacidades se encuentran pagadas allegando un archivo Excel en el que se confirma que COOMEVA EPS efectuó el pago.

Indica que el *a quo* que existen 4 incapacidades pendientes de pago, frente a lo cual la EPS señala que la mismas no se reconocieron por carencia de 4 semanas para una incapacidad, sin embargo, aduce el sentenciador que no se evidencia el pago de las mismas, procediendo a estudiar su procedibilidad, concluyendo que procede el reconocimiento de la incapacidad de la trabajadora DERLY CATERIN TORRES DUARTE de quien se discutía la carencia de las 4 semanas de cotización continuas anteriores a la fecha de otorgamiento de la incapacidad. De igual manera, accedió al reconocimiento de otras incapacidades no reconocidas correspondientes a 5 trabajadores que su totalidad suman $677.897 pesos a reconocer.

Finalmente, no accedió al reconocimiento de intereses moratorios por cuanto no obraba prueba clara del requerimiento realizado ante la EPS, así como respuesta negativa de la misma, en su lugar condenó a la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación (fls. 63 a 64), indicando que la Superintendencia de Salud liquidó las incapacidades con un valor inferior al reclamado, toda vez que no tomó de forma correcta el salario con el que se liquidaron, aplicándose también de forma incorrecta el criterio expuesto en la sentencia C-543 de 2007, en la medida que ninguna de las incapacidades se tomó sobre un salario inferior al SMLMV para el año 2016, de forma proporcional a los días de incapacidad.

Manifiesta también inconformidad en relación a la negativa de intereses moratorios arguyendo que se indicaron en la demanda todos los consecutivos de las reclamaciones que se presentaron, las que incluso en el cuerpo petitorio de la demanda y el archivo Excel se relacionaron cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso por medio de la pagina web de la EPS, no obstante, como se relacionó en el archivo Excel, teniendo en cuenta que las solicitudes se hicieron por el mismo medio electrónico que administra la EPS demandada la cual convenientemente a veces funciona y a veces no, no fue posible obtener la totalidad del cruce de información. De igual manera, se tenga en cuenta y valore que la EPS en su contestación no hizo comentario alguno frente a la reclamación guardando silencio lo cual significa la aceptación de su existencia de acuerdo con la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, violándose también de manera directa lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 2.1.1.3 del Decreto único reglamentario 780 de 2016.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Si las incapacidades reclamadas se liquidaron por un valor inferir al reclamado.
2. Si procede el pago de intereses moratorios.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

No es materia de controversia el vínculo laboral que tienen los trabajadores JAIRO ALBERTO RAMÍREZ SÁNCHEZ, CAROLINA TORRADO VEGA, ANA YOLENNY CASTILLO MOSQUERA, DERLY CATERIN TORRES DUARTE, MARÍA MERCEDES ARROYO y JOHANA PATRICIA CASAS IDRIBO, a quienes se les reconoció el pago de las incapacidades solitas por parte del Juez de primera instancia, así como tampoco existe discusión frente a la expedición de las incapacidades por enfermedad general que le fueron otorgadas por parte de la demandada, pues ello se corrobora con los archivos adjuntos al CD obrante a folio 43 del expediente, aunado a que la EPS demandada no controvirtió tales aspectos.

Liquidación de las incapacidades

Para resolver el asunto, previamente debe analizarse cuál es la base a tener en cuenta para la liquidación de la incapacidad, el artículo 33 de la Ley 1393 de 2010, consagra lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 33. Las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud deben hacerse sobre la misma base de las cotizaciones*

efectuadas al Sistema de Riesgos Profesionales y de las realizadas al Sistema General de Pensiones. Para afiliar a un trabajador, contratista o a cualquier persona obligada a cotizar al Sistema de Riesgos Profesionales debe demostrarse que se encuentra cotizando a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y de Pensiones".

Por su parte el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, normatividad que también se encuentra consagrada en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, dispone:

"ARTÍCULO 1º. *Adiciónase el literal b) del artículo 9º del Decreto 1406 de 1999, con el siguiente inciso:*

"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso".

Así las cosas, teniendo en cuenta las normatividades enunciadas procede a verificarse los IBC reportados por los trabajadores con anterioridad al mes en que otorgó la incapacidad, resaltándose que, si resultan inferiores al SMLMV, debe darse aplicación a lo dispuesto en la sentencia C-543 de 2007, como lo refirió el Juez de primera instancia, para lo cual tiene en cuenta los desprendibles de nómina que se encuentran adjuntos en el CD que milita a folio 64 de plenario.

	trabajador	incapacidad	días	IBC reportado empleador	IBC liquidado en la sentencia	Días a cargo de la EPS	Valor reconocido Super Salud	Valor real a pagar	Procede reliquidación de incapacidad
1.	JAIRO ALBERTO RAMIREZ SANCHEZ	18/02/2016-24/02/2016	7	$716.455	$689.455	5	$114.909	$119.409,16	**SI**
2.	CAROLINA TORRADO VEGA	13/11/2016-12/12/2016	30	No aparece constancia IBC	689.455	28	$114.910	$0	NO
3.	ANA YOLENNY	21/08/2015-	5	$644.350	$644.350	3	$107.392	SE REPORTA EL MISMO	NO

	CASTILLO MOSQUERA	25/08/2015						VALOR LIQUIDADO	
4.	DERLY CATERIN TORRES DUARTE	10/06/2015-12/06/2015	3	$644.350	$644.350	1	$21.478	SE REPORTA EL MISMO VALOR LIQUIDADO	NO
5.	MARÍA MERCEDES ARROYO LAZARO	27/06/2016-11/07/2016	15	No aparece constancia IBC	$689.455	13	$298.764	$0	NO
6.	JOHANA PATRICIA CASAS IDRIBO	04/11/2014-06/11/2014	3	$616.000	$616.000	1	$20.533	SE REPORTA EL MISMO VALOR LIQUIDADO	NO

Como bien se puede observar del cuadro señalado solamente quedó constancia del reporte de un IBC superior al que tuvo en cuenta el *a quo* en la liquidación de incapacidades correspondiente al trabajador JARIO ALBERTO RAMÍREZ SÁNCHEZ, en relación a los demás no se reportó IBC superior o no se encontró IBC, por lo tanto, se mantendrá sobre dichos trabajadores los valores calculados en primera instancia.

Intereses moratorios

Solicita la parte actora se reconozcan intereses moratorios en relación a la mora en el pago total de la incapacidad, el artículo 4° del Decreto 1281 del año 2002, establece:

> ***"ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS.*** *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales".*

De otro lado, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, indica:

> ***"ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.*** *Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras*

de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto".

Y el artículo 2.2.3.1 del Decreto único reglamentario 780 de 2016, señala:

*"**Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas**. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en DECRETO Nt:i1VIERÓ 780 ' DE2016 HOJA No 86 Continuación de Decreto "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social"

*un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones **económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.***

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

*Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar". **(subrayado fuera del texto original).***

Y el parágrafo 1 del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, l señala:

*"**Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas**. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los*

aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad (..).

EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

***Parágrafo 1**. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002".*

Si bien de acuerdo a las normas señaladas no cabe duda que ante el incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS, da lugar al reconocimiento de intereses moratorios, tal y como lo solicita la parte actora. Empero, para ordenar condena por dicho concepto en efecto resulta necesario contar con la solicitud presentada ante la EPS para el pago de la incapacidad de cada uno de los trabajadores, pues como bien lo prevé la norma existe un plazo determinado para su reconocimiento, el cual se contabiliza a los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, término que no es posible contabilizar si no se cuenta con la solicitud presentada ante la entidad accionada, así como con la respuesta negativa.

Refiere el recurrente que en archivo Excel se relacionaron cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso por medio de la página web de la EPS, sin embargo, al verificarse los archivos adjuntos en los CD que obra a folio 43 y 64; si bien uno de ellos contiene cuentas de cobro enviados parte de la empresa demandante a la EPS, los mismos no corresponden a las incapacidades de los trabajadores del presente litigio, así mismo, nota la Sala que la reclamación se esta haciendo a la EPS CRUZ BLANCA cuando la EPS aquí demandada corresponde a COOMEVA, por lo que al no tenerse constancia clara de la reclamación de las incapacidades de cada uno de los trabajadores ante la

EPS resulta imposible contabilizar el término establecido en la norma y por ende, no resultan viables los intereses moratorios solicitados.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el fallo impugnado.

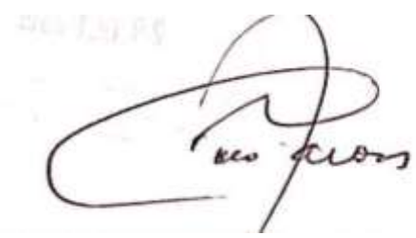
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 1° de julio de 2020, para en su lugar **condenar** a la EPS COOMEVA a reconocer a favor de la empresa demandante como valor de incapacidad del trabajador JARIO ALBERTO RAMÍREZ SÁNCHEZ, la suma de $119.409,16, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR LA ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ CONTRA CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN Y MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 4 de MAYO de 2020 (fls. 16 a 20).

ANTECEDENTES

La ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ acude a la presente acción[1] a efectos de que **condene** a CAFESALUD EPS al reconocimiento económico y pago de la incapacidad médica de origen común del trabajador GEORGI NIKOLAEV PENCHEV comprendida desde el 11 al 13 de julio de 2017, en la cuenta corriente No. 005-37949-0 Banco ITAÚ, correspondiente a la suma de $200.290.

[1] Folio 2 a 3

Fundamenta sus pretensiones señalando que el trabajador GEORGI NIKOLAEV PENCHEV labora para la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ y presentó ante la misma incapacidad médica por enfermedad común del 11 al 13 de julio de 2017, que la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ realizó el pago de la incapacidad médica al trabajador en el mes de julio 2017, solicitando ante CAFESALUD EPS el reembolso de la incapacidad médica el cual CAFESALUD EPS aprobó mediante la autorización No. 769310607 por valor de $200.290 como consta en el informe de la plataforma de *"Consulta General de Incapacidades/Licencias"* de dicha EPS, que aunque ya fue autorizada el estado de la incapacidad es *"no Pagada"*, que la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ ha tratado de comunicarse a los teléfonos de la EPS CAFESALUD sin lograr comunicación, que a la fecha no ha recibido el pago de la mencionada incapacidad pasando más de 5 días hábiles establecidos en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, recopilado en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016.(fls.2).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EPS CAFESALUD** contesta señalando que reconoció y liquidó la incapacidad expedida al señor GEORGI NIKOLAEV PENCHEV generada entre el 11 y el 13 de julio de 2017, pero que el pago estaría a cargo de MEDIMAS EPS, de acuerdo con la orden emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera-Subsección A, dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos con radicado 2500023410002016-01314-00.

La **EPS MEDIMAS** contesta indicando que el señor GEORGI NIKOLAEV PENCHEV para el momento de los hechos se encontraba afiliado a

CAFESALUD EPS y que para ese momento la entidad no existía. Indica la entidad que si por su vinculación la pretensión de reconocimiento estuviera dirigida a ellos, se oponen a la misma en el sentido de que no están obligados legalmente a reconocer y pagar obligaciones causadas cuando no habían iniciado operaciones, que éstas son de CAFESALUD EPS y que no hacen parte de las obligaciones delegadas por las Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 4 de mayo de 2020 (fls. 16 a 20), **accedió** a la pretensión de la demanda, en consecuencia, **ordenó** a CAFESALUD EPS al reconocimiento y pago de la suma de $139.653 a favor de la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia y **absolvió** a MEDIMAS EPS respecto de las pretensiones de la demanda.

Como sustento a su decisión estableció que se encontraba debidamente probado que el trabajador sostenía una relación laboral con la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ desde el 18 de diciembre del 2008, que a éste le fue otorgada una incapacidad médica desde el 11 al 13 de julio de 2017, y que, de acuerdo al desprendible de nómina del mes de agosto de 2017, se concluía que el empleador había concedido y pagado la incapacidad médica del señor GEORGI NIKOLAEV PENCHEV en su totalidad. Señala que no existe controversia a dirimir respecto al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones económicas toda vez

que CAFESALUD EPS manifestó que procedió a reconocer la incapacidad, sin embargo, precisó que la obligación de pago estaba a cargo de MEDIMAS EPS en razón a la decisión proferida en auto de fecha 26 de octubre de 2017, dentro de la acción que cursa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Al respecto, indica la Superintendencia Nacional de Salud que en Resolución 2426 de 2017, se aprobó el Plan de Reorganización Institucional presentada por CAFESALUD EPS en la que se da creación a MEDIMAS EPS, sin que en la misma se contemple la responsabilidad que en materia de prestaciones económicas debía asumir la naciente EPS y que si bien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó en el 2017 medida cautelar de urgencia a través de la cual ordenó a MEDIMAS EPS asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas en materia de prestación de los servicios de salud y el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS, dicha medida fue levantada de conformidad con lo expuesto en la sentencia calendada del 10 de abril del 2019, cesando los efectos de la medida y en consecuencia CAFESALUD EPS es responsable del pago de las incapacidades que se hubieren expedido antes del 1° de agosto de 2017, siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia, como consecuencia de lo anterior resultaba responsable del pago de las prestaciones aquí reclamadas CAFESALUD EPS.

Menciona el despacho que no se aportó soporte de pago, por lo que al observar el desprendible de nómina para el mes de agosto de 2017, mes sobre el cual se pagó la incapacidad, se evidenciaba un salario de $6.284.057, tomando dicho valor para liquidar la incapacidad pretendida, ordenando a CAFESALUD EPS al reconocimiento y pago total de la incapacidad deprecada por la suma de $139.653.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (Fls. 27 a 28), indicando que las incapacidades fueron enviadas a la EPS MEDIMAS para su pago en virtud del auto de fecha 26 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en virtud de dicha medida MEDIMAS EPS procedió a realizar el pago de dichas incapacidades mediante transferencia bancaria a la cuenta 005379490 del Banco CORPBANCA del cual es titular la parte demandante. Indica que, si bien la liquidación de la Superintendencia Nacional de Salud es un valor menor a la presentada por CAFESALUD EPS, la diferencia se presenta porque el usuario presentó una variación salarial y el IBC correcto es de $9.063.234. Así las cosas, indica que las EPS cumplieron con la obligación que se tenía respecto al pago de la prestación económica y solicita se revoque la sentencia.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la EPS CAFESALUD en liquidación dio cumplimiento al pago de la incapacidad médica otorgada al trabajador GEORGI NIKOLAEV PENCHEV durante el periodo comprendido entre el 11 al 13 de julio de 2017.

Pago incapacidades médicas

De acuerdo a los supuestos fácticos que se enmarcan dentro del presente litigio, los mismos se enmarcan en lo dispuesto por el literal b.) numeral 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Solicita el apoderado de la parte demandada CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que MEDIMAS EPS ya reconoció el valor de la incapacidad objeto del presente litigio, aspecto del cual ha venido insistiendo desde la contestación de la demanda, aportándose como soporte de su dicho copia de la consignación efectuada a favor de la accionante en la cuenta No. 005379490 del Banco CORBANCA por la suma de $200.290 (fl.29), siendo la misma cuenta bancaría que relacionó el demandante en el líbelo demandatorio, pago que se realizó el 9 de octubre de 2018, es decir, durante el trámite del presente proceso y con posterioridad a la contestación.

Explica también el apelante que la diferencia entre el valor cancelado por la EPS y el calculado por le Superintendencia de Salud se debe a que el *a quo*, tomó como base salarial la suma de $6.284.057, siendo lo correcto $9.063.234, al revisarse la documental aportada por la parte actora la cual se encuentra adjunta en el CD obrante a folio 37 del plenario, evidencia la Sala que los IBC reportados por la pasiva correspondieron a $9.101.048, así mismo se puede ver que el empleador canceló como valor de la incapacidad objeto de reclamación la suma de $202.246, es decir, un valor superior al consignado, pues este correspondió a la suma de $200.290, sin embargo, se tiene que la parte actora dentro de las pretensiones de la

demandada solicita se ordene al pago de la incapacidad en la suma de $200.290 (fl.2 v/to), siendo esté el valor consignado.

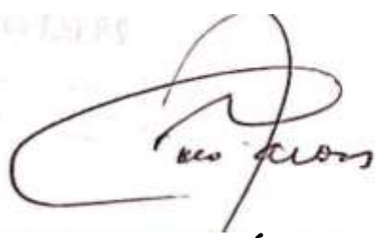
Entendiéndose entonces que la obligación objeto de discusión en el presente asunto ya quedó satisfecho como lo ha sostenido la entidad demandada durante el trámite del presente asunto, pues en esta oportunidad aportó soporte de la consignación con el valor objeto de reclamo, lo cual da lugar a que sea revocada la decisión de primera instancia y, por consiguiente, se dé por terminado el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de fecha 4 de mayo de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, en su lugar **ABSOLVER** a la demandada CAFESALUD EPS al pago de la incapacidad reclamada por la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ, al demostrarse el pago total de la obligación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR GESTAR INNOVACIÓN S.A.S CONTRA CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 18 de MAYO de 2020 (fls. 99 a 103).

ANTECEDENTES

GESTAR INNOVACIÓN S.A.S acude a la presente acción[1] a efectos de que se condene a la EPS CAFESALUD el reconocimiento de la licencia de maternidad de la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO por valor de $4.198.459.

Fundamenta sus pretensiones en que la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO suscribió contrato de trabajo con GESTAR INNOVACIÓN S.A.S el

[1] Folio 1 a 3

día 1° de noviembre de 2016, que la trabajadora se afilió en calidad de cotizante a CAFESALUD EPS, que la trabajadora reportó a GESTAR INNOVACIÓN S.A.S su estado de embarazo y el día 31 de enero del 2017, entró en trabajo de parto en la Clínica ESIMED de Ibagué, que se le otorgó una licencia de maternidad desde el 31 de enero de 2017 al 6 de junio de 2017, completando un total de 126 días de incapacidad y/o licencia, que se efectuó la transcripción de la licencia ante CAFESALUD EPS y que el 25 de abril de 2017, se radicó solicitud ante la EPS para el pago de la incapacidad y/o licencia de la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZADA, el día 27 de abril de 2017 CAFESALUD EPS expide certificado de licencias o incapacidades de la afiliada con estado de trámite sin reconocimiento, que por vía telefónica el 20 de julio del 2017 y 30 de agosto del mismo año se efectuó solicitud de reliquidación y pago de prestaciones económicas sin que a la fecha la EPS haya dado respuesta a GESTAR INNOVACIÓN S.A.S.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN dio contestación en dos oportunidades, en la primera; manifestó que para el reconocimiento de la licencia de maternidad solicitado se había instado al empleador a ponerse al día en sus obligaciones frente al pago de los aportes a seguridad social en el mes de enero de 2017, no allanándose a la mora, por lo tanto, el incumplimiento de las obligaciones del empleador ha impedido darle continuidad al mismo y propuso como excepción licencia de maternidad no cumple requisitos legales para su solicitud.

En la segunda contestación, señaló que reconoció, liquidó y aprobó la licencia de maternidad de la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO por valor de $4.199.958, pero que se encontraba imposibilitada para realizar el pago de la licencia debido a que el Banco de Bogotá tiene congelada la

cuenta maestra de CAFESALUD que se tiene destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas y propuso como excepción licencia de maternidad reconocida, liquidada y aprobada para pago (fl.96/98).

Por su parte **MEDIMAS EPS** contestó que no le constaban los hechos de la demanda por cuanto no se había allegado por la parte actora ningún tipo de documento que los involucrara en el incumplimiento que motivaba la demanda, de lo contrario, se evidenciaba que la causación o fecha de origen de la licencia de maternidad se dio en CAFESALUD EPS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 18 de mayo de 2020 (fls. 99 a 103), **accedió** a la pretensión de la demanda y **ordenó** a CAFESALUD EPS el reembolso de la licencia de maternidad expedida a favor de la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO en la suma de $4.199.958 con las actualizaciones monetarias correspondientes dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Como sustento a su decisión estableció que en cuanto a la imposibilidad de pago reconocido en razón a la existencia de medida cautelar sobre la cuenta maestra, el despacho era conocedor de la situación jurídica y administrativa en la que se encontraba actualmente CAFESALUD EPS, que al respecto era de resaltar que a través de resolución 007172 del 22 de julio de 2019, proferida por la Superintendencia de Salud se había ordenado la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa y administrativa para liquidar dicha entidad, que al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar a

CAFESALUD EPS su agente liquidador tiene el deber de levantar las medidas cautelares con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que sean reconocidas dentro del proceso liquidador, por lo que a partir de la resolución 007172 del 22 de julio de 2019, CAFESALUD debió ejercer las acciones de levantamiento de las cautelas.

Añadió indicando que los recursos con los que se cancelan las licencias de maternidad son administrados por el ADRES y no por la EPS y su liberación para pago surge a partir de la existencia de la acción que genera el derecho (nacimiento, parto), así como del cumplimiento de los requisitos legales. Entendiéndose de esa manera que la EPS como en su papel de asegurador y garantista material del servicio de salud en el régimen contributivo tiene el deber de velar por debida destinación de esos recursos. En conclusión, consideró procedente el reconocimiento de la licencia solicitada en la suma pedida en la demanda por encontrarse ajustada a derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN** interpuso recurso de apelación (Fls. 112 a 115), señalando que al momento de darse por contestada la demanda se indicó que la licencia de maternidad de la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO se encontraba reconocida y liquidada por la EPS, pero que su pago se encontraba pendiente, pues para la fecha la EPS tenía embargada la cuenta maestra que se tenía destinada para el pago de las prestaciones económicas, que al realizarse la presente impugnación se hizo la correspondiente auditoria lográndose evidenciar que dicha prestación se envió para pago desde la cuenta del banco Bogotá de MEDIMAS EPS el 8 de octubre de 2018, mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente del Banco Davivienda No. 007069994676 a

nombre de GESTAR INNOVACION SAS, por valor de $8.399.916, por lo tanto, solicita la carencia de objeto por hecho superado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho la sociedad accionante al pago de la licencia de maternidad otorgada a su trabajadora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO la cual se otorgó entre el 31 de enero de 2017 al 6 de junio de 2017, por valor de $4.199.958, a cargo de las EPS CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN.

De acuerdo a los supuestos fácticos que se enmarcan dentro del presente litigio, los mismos se enmarcan en lo dispuesto por el literal b.) numeral 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

No es materia de controversia la calidad de trabajadora de la señora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO lo cual se acredita con el contrato laboral suscrito y que milita a folios 15 a 20, tampoco existe discusión en su calidad de afiliada a la EPS CAFESALUD como dependiente de la empresa demandada, que se le otorgó una incapacidad por licencia de maternidad entre el 31 de enero de 2017 al 6 de junio del mismo año y que la misma fue reconocida por el empleador como consta en los documentos anexos folios 6 a 36.

Pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS

Solicita el apoderado de la parte demandada se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que MEDIMAS EPS ya reconoció el

valor de la licencia de maternidad objeto del presente litigio, arguyendo que desde la contestación de la demanda ha sostenido que la licencia ya fue reconocida por la entidad, sin embargo, no se había podido acreditar su pago al momento de la contestación de la demanda, teniendo en cuenta que para dicha data se encontraba congelada la cuenta maestra de CAFESALUD, como soporte de su dicho en esta oportunidad aportó la transacción realizada a favor de la empresa GESTAR INNOVACIÓN S.A.S a través de la entidad bancaría DAVIVIENDA con fecha 8 de octubre de 2018, por la suma de $8.399.916, es decir, que dicha suma se canceló con posterioridad a la contestación de la demanda, pues esta se radicó el 27 de marzo de 2018, igualmente se observa que la cuenta de ahorro en donde fue consignada dicha suma y que correspondió a la identificada con No. 007069994676, es la misma que hace constar la empresa actora con el documento que milita a folio 37 y que corresponde al certificado expedido por DAVIVIENDA en la que refiere que posee dicha cuenta con apertura de fecha 2017/03/08.

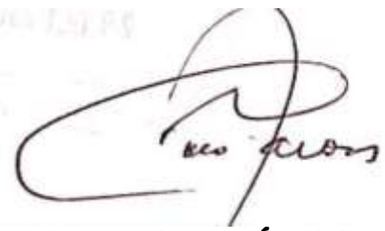
Entendiéndose entonces que la obligación objeto de discusión en el presente asunto ya quedó satisfecho, pues con la documental allegada queda demostrado que el valor de la licencia de maternidad de la trabajadora EDNA PATRICIA VILLA LOZANO solicitado en el líbelo demandatorio fue cancelado, lo cual conlleva a que sea revocada la decisión de primera instancia y, por consiguiente, a darse por terminado el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de fecha 18 de mayo de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, en su lugar **ABSOLVER** a la demandada CAFESALUD EPS al pago de la incapacidad reclamada por la empresa GESTAR INNOVACIÓN S.A.S, al demostrarse el pago total de la obligación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR ACTIVOS S.A.S CONTRA CRUZ BLANCA EPS

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 26 de JUNIO de 2020 (fls. 54 a 59).

ANTECEDENTES

ACTIVOS SAS acude a la presente acción[1] a efectos de que se **condene** a CRUZ BLANCA EPS al reconocimiento económico y pago de incapacidades médicas expedidas en favor de varios de sus trabajadores, así como al reconocimiento de los intereses moratorios de conformidad con el artículo 4 del decreto-ley 1281 de 2002 y se **condene** en costas y agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

[1] Folio 1 a 10

Fundamenta sus pretensiones en que la compañía celebró contrato de trabajo con varios trabajadores, los cuales estaban afiliados a CRUZ BLANCA EPS en calidad de cotizantes dependientes del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, que durante la relación laboral los trabajadores presentaron las incapacidades médicas por enfermedad general sobre las cuales se presentó solicitud de pago ante CRUZ BLANCA EPS sin que a la fecha se haya pagado la incapacidades a pesar de las solicitudes de pago que se han radicado, que la compañía pagó de manera completa y oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, que no se ha estado en mora respecto del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EPS CRUZ BLANCA EPS** contesta señalando que canceló a la demandante ACTIVOS S.A.S las incapacidades por un valor total de $35.938.255, mediante transacción bancaria conforme se evidencia a folios 8 a 12 de la contestación de la demanda, por lo que solicita despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 26 de junio de 2020 (fls. 54 a 59), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, **ordenó** a la EPS CRUZ BLANCA hoy en LIQUIDACIÓN a pagar la suma de $4.522.330 con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, **no accedió** a la pretensión de los intereses moratorios solicitada por la parte demandante,

ordenó a la **EPS CRUZ BLANCA** hoy en **LIQUIDACIÓN** al pago de $226.116 por concepto de Agencias en Derecho correspondientes al 5% de la pretensión reconocida dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Como sustento a su decisión estableció que se encontraba debidamente probado que los trabajadores relacionados en la demanda sostuvieron una relación laboral con la sociedad ACTIVOS S.A.S y que los mismos se encontraban afiliados a CRUZ BLANCA S.A. hoy en LIQUIDACIÓN quienes les fueron expedidas las incapacidades reclamadas.

Respecto al pago total de la obligación manifestado por la EPS CRUZ BLANCA hoy en LIQUIDACIÓN señala que si bien la EPS allegó relación de las incapacidades que reconoció y canceló, no se encuentran descritas muchas de las incapacidades reclamadas en el proceso, por lo que se requirió a la demandante quien manifestó no haber recibido el reconocimiento económico de las 31 prestaciones económicas reclamadas y que el pago recibido solo correspondió a capital sin el reconocimiento de los intereses de mora. Frente a esto, señala el despacho que no se advierte probado el cumplimiento de las pretensiones ya que la demandante no confirmó el pago, por lo que una vez revisadas las pruebas se observaba el cumplimiento para acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas deprecadas en el presente proceso, advirtiendo que alguna de ellas no acreditaban pago de la incapacidad por parte del empleador por lo se abstuvo de reconocer las mismas. Por lo anterior, ordenó y declaró en la parte resolutiva que le corresponde a CRUZ BLANCA EPS el reembolso en favor de la empresa demandante en lo correspondiente al pago de las incapacidades por valor de $ 4.522.330.

Frente al pago de intereses moratorios, señaló que éstos están regulados en al artículo 24 del Decreto 4023 del 2011, en su parágrafo primero y que para que sea procedente el reconocimiento de los mismos, debe mediar requerimiento o radicado de la solicitud por parte del titular del derecho (empleador, trabajador, usuario), indica entonces que dentro de la demanda y sus anexos, no obra prueba clara de tal requerimiento ante la EPS, así como tampoco respuesta de negación de la misma con anterioridad a la instauración de la demanda, razón por la cual el despacho se abstiene de acceder a realizar tal reconocimiento.

Con relación a las costas y agencias en derecho, frente a las primeras el despacho encuentra procedente la pretensión de costas procesales formulada por el demandante, sin embargo, como no se causó gasto alguno por concepto de expensas, ni se generó ningún tipo de erogación no se reconocen en esta instancia. Respecto a las agencias en derecho reconoció el pago del 5% del valor de la pretensión reconocida, en este caso de $226.116 los cuales deben ser asumidos por la EPS CRUZ BLANCA hoy en LIQUIDACIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación (fls. 92 a 93), indicando que la Superintendencia de Salud líquido algunas incapacidades por un valor inferior al reclamado, ya que no tomó el valor correcto por concepto de salario con el que se liquidaron, aplicando de forma incorrecta el criterio expuesto en sentencia C-543 de 2007, ya que las incapacidades se tomaron sobre un valor inferior al SMLMV para el año 2013 y 2014, de forma proporcional a los días de incapacidad.

Señala que existieron incapacidades que no fueron reconocidas por la Superintendencia de Salud bajo el argumento de que no obra prueba del pago de la incapacidad por parte de ACTIVOS S.A.S., desconociendo la documental aportada con la demanda donde obran los correspondientes desprendibles de nómina que evidencian el pago de la incapacidad, así mismo, se ordenó el pago de una incapacidad, pero la misma aparece en 0.

Respecto al no reconocimiento de los intereses de mora, indica que la ley es clara en determinar los plazos que son perentorios y de obligatorio cumplimiento para que las EPS efectúen el pago de las incapacidades médicas y licencias de maternidad, sin que se contemplen excepciones o exigencias de requisitos adicionales no previstos en la norma, como los que se están exigiendo en la sentencia objeto del presente recurso.

Solicita se modifique el numeral tercero para en su lugar adicionar a la condena la sumas de $727.139 referida en el literal A numeral 1, $102.664 referida en el literal A numeral 2, $ 510.882 referida en el literal A numeral 3 y la suma de $41.066 referida en el literal A numeral 4 del escrito de impugnación para un total de $ 5.904.081 con las correspondientes actualizaciones monetarias, en razón a la diferencia entre lo reconocido en la sentencia por la Superintendencia de Salud y lo reclamado en la demanda.

La parte **demandada** también interpuso recurso de apelación (Fls. 70 a 76), indicando que realizada la auditoría por el área de operaciones de CRUZ BLANCA EPS está arrojó el pago de las prestaciones económicas de los usuarios que sirvieron de base a las pretensiones de la demanda. Señala que se identificó que la empresa ACTIVOS S.A.S radicó la demanda el día 6 de diciembre de 2017, a lo cual se le debe aplicar el principio de

prescripción de la acción, ya que las incapacidades solicitadas en las pretensiones de la demanda no cumplieron con los términos establecidos para radicar, acceder y solicitar el pago ya que dichas incapacidades son del año 2013 y 2014 por lo que se debe aplicar la prescripción a partir de los 3 años de ocurrido el pago y/o el hecho.

Agrega, que a la fecha de la presentación de la demanda no adeudaba ningún valor a la demandante ACTIVOS S.A.S por concepto de incapacidades y que no se encuentra facultada para destinar los recursos de la salud a fines diferentes a la atención de sus usuarios, por ello no le es dable proceder con el reconocimiento y pago de valores sin el cumplimiento de los requisitos de ley.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Sí debe declararse probada la excepción de prescripción frente a las incapacidades reclamadas.
2. Verificarse si algunas de las incapacidades reclamadas se liquidaron por un valor inferir al reclamado.
3. Si debe reconocerse las incapacidades que no fueron reconocidas por el *a quo* por no contar con soporte de pago por parte del empleador.
4. Verificarse si una de las incapacidades liquidadas por el *a quo* en 0 debe reconocerse.
5. Si procede el pago de intereses moratorios.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley

1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

No es materia de controversia el vínculo laboral que tiene cada uno de los 16 trabajadores sobre los cuales se reclaman el valor de las incapacidades otorgadas por el EPS accionada, los cuales son: EMILIANO REYES FUUEN, JOSÉ SAID DONCEL URUEÑA, MARÍA CRISTINA MURILLO BOHORQUEZ, NANCY EDITH SILVA ROMERO, HILDA MARÍA CORTES RODRÍGUEZ, CIELO CABRERA PLAZAS, ANDRÉS GARCÍA TELLEZ, CARLOS ANDRÉS AGUDELO BEDOYA, DIANA RODRÍGUEZ LONDOÑO, MARÍA ALEJANDRA AMAYA CERON, ANDRÉS ADOLFO CASTAÑEDA, NATALIA SANTOS ALFONSO, HENRY YESID SUAREZ, LEIDY VIVIANA LUNA, CLAUDIA LORENA OSPINA MORALES Y MAYERLIN OCAMPO ECHEVERRI, así como tampoco existe discusión frente a la expedición de las incapacidades por enfermedad general que le fueron otorgadas por parte de la demandada, pues ello se corrobora con los archivos adjuntos al CD obrante a folio 35 del expediente.

Excepción de prescripción

Alega la EPS demandada que en relación algunas de las incapacidades reclamadas deben declararse probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta que entre las fechas en que fueron expedidas y la fecha de presentación de la demanda transcurrieron más de los 3 años que se requieren para su reclamo. Si bien de dicho argumento podría considerarse que en efecto algunas de las incapacidades reclamadas superan dicho término, lo cierto es que al revisarse la contestación de la demanda la EPS CRUZ BLANCA no propuso como excepción la prescripción de las mismas, de lo contrario reconoció su obligación, incluso asegurando haber consignado el valor, aspecto que no quedó

plenamente demostrado, siendo esta la razón por la cual la Superintendencia de Salud reconoció el pago de las mismas.

Debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 282 del CGP la excepción de prescripción no puede proponerse en cualquier momento, sino que la oportunidad procesal para ello se concreta en la contestación de la demanda, por consiguiente, no resulta dable declararse la excepción propuesta cuando la misma no fue solicita al momento de darse por contestada la demanda.

Liquidación de las incapacidades

Para resolver el asunto, previamente debe analizarse cuál es la base a tener en cuenta para la liquidación de la incapacidad, el artículo 33 de la Ley 1393 de 2010, consagra lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 33. Las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud deben hacerse sobre la misma base de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Riesgos Profesionales y de las realizadas al Sistema General de Pensiones. Para afiliar a un trabajador, contratista o a cualquier persona obligada a cotizar al Sistema de Riesgos Profesionales debe demostrarse que se encuentra cotizando a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y de Pensiones".*

Por su parte el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, normatividad que también se encuentra consagrada en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, dispone:

> ***"ARTÍCULO 1º.*** *Adiciónase el literal b) del artículo 9º del Decreto 1406 de 1999, con el siguiente inciso:*
>
> *"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como*

base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso".

Así las cosas, teniendo en cuenta las normatividades enunciadas procede a verificarse los IBC reportados por los trabajadores con anterioridad al mes en que otorgó la incapacidad, resaltándose que, si resultan inferiores al SMLMV, debe darse aplicación a lo dispuesto en la sentencia C-543 de 2007, como lo refirió el Juez de primera instancia, para lo cual se tiene en cuenta la planilla de autoliquidación de aportes que se encuentran anexas al CD que milita a folio 35 de plenario.

	trabajador	**incapacidad**	**días**	**IBC reportado empleador**	**IBC liquidado en la sentencia**	**Dias a cargo de la EPS**	**Valor reconocido Super Salud**	**Valor real a pagar**	**Procede reliquidación de incapacidad**
1.	JOSE SAID DONCEL URUEÑA	01/03/2014-30/03/2014	30	$859.000	$616.000	28	$266.945	$534.615,61	**SI**
2.	MARIA CRISTINA MURILLO BOHORQUEZ	04/12/2013-16/12/2013	13	$621.000	$589.500	11	$216.150	$151.807,59	No procede, suma inferior a la de primera instancia
3.	MARÍA CRISTINA MURILLO BOHORQUEZ	27/04/2014-06/05/2014	10	$616.000	$616.000	8	$164.274	$109.517	No procede, suma inferior a la de primera instancia
4.	NANCY EDITH SILVA ROBERTO	01/12/2013-30/12/2013	30	$609.000	$589.500	28	$550.200	$378.952,28	No procede, suma inferior a la de primera instancia
5.	NANCY EDITH SILVA ROBERTO	31/01/2014-19/02/2014	20	$589.500	$616.027	18	$369.616	$235.811,79	No procede, suma inferior a la de primera instancia
6.	HILDA MARÍA CORTES RODRIGUEZ	17/08/2014-21/08/2014	5	NO EXISTE CONSTANCIA SALARIO PARA JULIO 2014	$616.027	3	$61.603		NO
7.	HILDA MARÍA CORTES RODRIGUEZ	22/08/2014-26/08/2014	5	NO EXISTE CONSTANCIA SALARIO PARA JULIO 2014	$616.027	3	$61.603		NO
8.	ANDRES GARCÍA TELLEZ	19/02/2014-21/02/2014	3	$827.000	$616.027	1	$20.534	$18.378,69	No procede, suma inferior a la de primera instancia
9.	DIANA RODRIGU	28/11/2014-	7	$722.000	$616.027	5	$102.671	$80.226,23	No procede, suma

	EZ LONDOÑO	04/12/2014							inferior a la de primera instancia
10.	MAIRA ALEJANDRA AMAYA	10/06/2014-24/06/2014	15	$626.000	$616.027	13	$266.945	$180.853,48	No procede, suma inferior a la de primera instancia
11.	NATALIA SANTOS ALFONSO	13/08/2014-15/08/2014	3	$622.000	$616.027	1	$20.534	$13.822,91	No procede, suma inferior a la de primera instancia
12.	HENRY YESID SUAREZ	28/03/2014-11/04/2014	15	$935.000	$616.027	13	$266.945	$275.324,87	**SI**
13.	HENRY YESID SUAREZ	12/04/2014-26/04/2014	15	$935.000	$616.027	13	$266.945	$270.124,61	**SI**
14.	LEIDY VIVIANA LUNA	04/12/2013-07/12/2013	4	$592.000	$589.500	2	$39.300	$26.312,42	No procede, suma inferior a la de primera instancia
15.	CLAUDIA LORENA OSPINA	28/10/2014-03/11/2014	7	$622.000	$616.027	5	$102.671	$69.114,56	No procede, suma inferior a la de primera instancia
16.	MAYERLIN OCAMPO ECHEVERRI	27/11/2014-29/11/2014	3	No se allegó planilla autoliquidación de aportes	$616.027	1	$20.534		NO

Como bien se puede observar del cuadro señalado en efecto existen algunos trabajadores que reportaron un IBC superior al que tuvo en cuenta el *a quo* en la liquidación de las incapacidades, sin embargo, al realizarse las sumas aritméticas teniendo en cuenta el IBC real y la formula *"salario x 66,67% x día incapacidad / 30*", arrojan algunos valores inferiores a los ordenados en primera instancia y no en las sumas señaladas por el recurrente, por consiguiente, para no hacer más gravosa la situación del apelante, se reliquidarán únicamente los valores superiores y se mantendrán los demás.

Reconocimiento de incapacidades no reconocidas en primera instancia

En la sentencia apelada se tiene que el sentenciador no reconoció algunas de las incapacidades solicitadas por no existir pago de la incapacidad por parte del empleador, correspondiente a los siguientes trabajadores:

	trabajador	incapacidad	días	IBC reportado empleador	Días a cargo de la EPS	Constancia de pago en nómina	Valor a pagar
1.	MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ GUZMAN	10/07/2015-14/07/2015	5	0	3	NO	$0
	CARLOS ANDRES AGUDELO BEDOYA	30/11/2013-12/12/2013	13	$589.500	11	SI	$144.107,20
3.	CARLOS ANDRES AGUDELO BEDOYA	13/12/2013-25/12/2013	13	$589.500	11	SI	$144.107,20

Teniendo en cuenta que únicamente obra soporte del pago de la incapacidad del trabajador CARLOS ANDRÉS AGUDELO se ordenará su reconocimiento en los términos señalados en el cuadro anteriormente citado.

Procedencia de las incapacidades liquidadas en 0 por el *a quo*

Al observarse el cuadro que se relaciona en el sentencia recurrida que contiene la liquidación de las incapacidades solicitadas, se tiene que en efecto aparece la trabajadora NATALIA SANTOS ALFONSO con una liquidación en 0 correspondiente a la incapacidad otorgada por la EPS entre el 11/08/2014 al 12/08/2014, frente a lo cual se tiene que el motivo por el cual no se le reconoció ningún valor por la incapacidad se debe que

corresponde a 2 días de incapacidad los cuales se encuentran en cabeza exclusiva del empleador como lo dispone el Decreto 2493 de 2013.

Intereses moratorios

Solicita la parte actora se reconozcan intereses moratorios en relación a la mora en el pago total de la incapacidad, el artículo 4° del Decreto 1281 del año 2002, establece:

> ***"ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS.*** *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales".*

De otro lado, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, indica:

> ***"ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.*** *Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto".*

Y el artículo 2.2.3.1 del Decreto único reglamentario 780 de 2016, señala:

> *"**Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas**. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*
>
> *El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o*

transferencia electrónica en DECRETO Nt:i1VIERÓ 780 ' DE2016 HOJA No 86 Continuación de Decreto "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social"

un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones ***económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.***

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar". ***(subrayado fuera del texto original).***

Y el parágrafo 1 del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, l señala:

*"**Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas**. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad (..).*

EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

***Parágrafo 1**. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002".*

Si bien de acuerdo a las normas señaladas no cabe duda que ante el incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la

EPS, da lugar al reconocimiento de intereses moratorios, tal y como lo solicita la parte actora. Empero, para ordenar condena por dicho concepto en efecto resulta necesario contar con la solicitud presentada ante la EPS para el pago de la incapacidad de cada uno de los trabajadores, pues como bien lo prevé la norma existe un plazo determinado para su reconocimiento, el cual se contabiliza a los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, término que no es posible contabilizar si no se cuenta con la solicitud presentada ante la entidad accionada, así como con la respuesta negativa, las cuales evidentemente no reposan dentro del expediente, sin que sea dable tomar las fechas relacionadas en los cuadros anexos a la demanda, sino se cuenta con la constancia de radicación ante la EPS, por tales razones no cabe duda que la parte accionante no cumplió con su carga probatoria, pues era a ésta a quien le correspondía demostrar los hechos de la demanda. Así las cosas, le asiste razón al *a quo* frente a la absolución de los intereses de moratorios.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 26 de junio de 2020, para en su lugar **condenar** a la EPS CRUZ BLANCA EN LIQUIDACIÓN a reconocer a favor de la empresa demandante como valor de las incapacidades de los trabajadores JOSÉ SAID DONCEL URUEÑA la suma

de $534.615,61, HENRY YESID SUAREZ la suma de $545.449,48 y CARLOS ANDRÉS AGUDELO BEDOYA la suma de $288.214,4.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR LA NAIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA CONTRA CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACIÓN hoy EPS CAFESALUD

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 27 de MARZO de 2020 (fls. 29 a 32).

ANTECEDENTES

El DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA acude a la presente acción[1] a efectos de que se **condene** a la EPS SALUDCOOP hoy EPS CAFESALUD al reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general del señor EUGUED PÉREZ ROJAS por 5 días, comprendidos entre el 25 y 29 de agosto del 2019.

[1] Folio 1 a 2

Fundamenta sus pretensiones en que el señor EUGUED PÉREZ ROJAS fue nombrado mediante Resolución 0228 de 2015 en el cargo de auxiliar administrativo con un asignación salarial de $1.103.443, que estuvo incapacitado por enfermedad no profesional por el término de 5 días comprendido entre el 25 y 29 de agosto de 2015 y a quien el DEPARTAMENTO ADMNISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA le canceló un valor de $81.814 pesos, por lo que el valor a reconocer por parte de la EPS SALUDCOOP hoy EPS CAFESALUD es de $64.434, que el área de talento Humano del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA oficio en varias oportunidades a EPS SALUDCOOP hoy EPS CAFESALUD sin que a la fecha haya sido posible su pago.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS contesta señalando que no está llamada a reconocer dicha prestación económica por configurarse falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo, pues si bien asumió la continuidad de los servicios de salud que venía recibiendo los usuarios en virtud a su afiliación a SALUDCOOP EPS hoy en LIQUIDACIÓN, esto solo era respecto a servicios de carácter asistencial y no a acreencias de carácter económico. Indica que al momento en que se produjo la contingencia que sirve de causa a la prestación económica que se reclama era SALUDCOOP EPS la entidad que recibió la UPC que el sistema de salud reconoce para su respectivo cubrimiento y es la única facultada por el Fosyga hoy Adres para realizar el cobro de la obligación en la que se pretende vincular a CAFESALUD EPS.

Señala que obligar a CAFESALUD EPS a asumir el pago de prestaciones económicas causadas con anterioridad a la fecha de asignación de usuarios de SALUDCOOP EPS OC hoy en LIQUIDACIÓN daría lugar a una destinación indebida de recursos prescrita por el art. 48 de la CP y el artículo 9 de la ley 100 de 1993.

SALUDCOOP EPS en LIQUIDACIÓN no allegó contestación de la demanda, habiéndose notificado en debida forma como consta en fls. 23 y 27 del expediente.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 27 de marzo de 2020 (fls. 29 a 32), **no accedió** a las pretensiones de la demanda.

Como sustento a su decisión estableció que se encontraba debidamente probado que al momento de pedirse la incapacidad reclamada, el señor EUGUED PEREZ ROJAS estaba afiliado a la entidad demandante desde el 6 de abril del 2015, tratándose entonces de un afiliado cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de SALUDCOOP EPS hoy en LIQUIDACIÓN según copia de las planillas de autoliquidación de aportes en salud allegadas por la entidad demandante en sus radicados, siendo beneficiario de las prestaciones económicas del régimen contributivo.

Manifiesta que, si bien en el expediente se evidencia claramente la existencia de un vínculo laboral y que se aportó una base de datos de excel, la misma no permite dilucidar con claridad el cumplimiento del pago de

las prestaciones económicas reclamadas, siendo esto un requisito indispensable para ostentar la facultad que lo legítima a solicitar el reembolso de la prestación económica deprecada. Por lo tanto, al no existir prueba y/o documento idóneo que evidencie el pago o que evidencie que haya sido efectivamente canceladas las incapacidades por el demandante a sus trabajadores, no accedió a las pretensiones formuladas por la NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación (Fls. 33 a 40), señalando que el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA al momento de presentar la demanda allegó copia de los documentos que se requerían para integrarlos al expediente como prueba y así obtener el reembolso de la incapacidad por enfermedad general del funcionario EUGUED PÉREZ ROJAS por el término de 5 días, entre el 25 al 29 de agosto de 2015, siendo cancelada la incapacidad por un valor de $81.814.

Aduce que se aparta de las consideraciones del Juez de primera instancia que considera que no existe prueba idónea que evidencie el pago efectivo de la incapacidad, por el contrario, los archivos y documentos de Excel, contiene la información que demuestra no solo el vínculo laboral, sino el pago real de todas las acreencias laborales generadas a favor del funcionario, incluyendo la planilla de autoliquidación de aportes.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho a la accionante a solicitar el pago a título de reembolso de la suma de $64.434, por concepto de incapacidad general por enfermedad que le fue reconocido al funcionario EUGUED PÉREZ ROJAS, en caso de reconocerse el reembolso solicitado, se estudiará cuál es la entidad responsable de su pago.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y literal b.) del artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, que dispone:

> "b) *Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en*
> *los siguientes casos:*
> *1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
> *2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
> ***3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios".***

Así como lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, el cual señala:

> *"**Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas**. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

***Parágrafo 1**. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.*
***Parágrafo 2**. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar".*

No fue objeto de controversia en el presente asunto que el señor EUGUED PÉREZ ROJAS es funcionario de la entidad accionante en el cargo de auxiliar administrativo 5510-04, quien se posesionó a través de resolución 0228 del 20 de marzo de 2015, que la entidad accionada SALUDCOOP EPS le otorgó una incapacidad por enfermedad general de 5 días entre el 25 al 29 de agosto de 2015, que mediante resolución 2028 del 9 de septiembre de 2015, la jefe de área de talento humano de la entidad accionante le reconoció la incapacidad, ordenándose pagar a cargo de nómina (fls. 4 a 7).

A pesar de los documentos anteriormente mencionados, la Superintendencia de Salud consideró que los mismos no permiten dilucidar con claridad el cumplimiento del pago de las prestaciones económicas reclamadas, por cuanto en su sentir las mismas no demuestran que hubiese sido efectivamente cancelada a su trabajador, frente a lo cual esta Sala de decisión discrepa de tal postura, pues de las

documentales allegadas se observa claramente el reconocimiento de un incapacidad y la autorización de pago por parte del área de talento humano, si bien en la demanda no se aportó el desprendible de nómina del trabajador a efectos de corroborar su pago, de lo allegado deja evidencia que sí se autorizó. No obstante, se observa que la entidad accionante junto con el escrito de impugnación allega el correspondiente desprendible de nómica del mes de septiembre de 2015, con la cual se evidencia que le fue cancelado al señor EUGUED PÉREZ ROJAS una licencia por enfermedad en la suma de $74.000 (fl.41), corroborándose de tal manera el pago de la licencia objeto del litigio, por lo que resulta procedente ordenarse su pago.

En relación al pago de incapacidades por enfermedad general, el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, establece que los dos primeros días están a cargo del empleador y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer día. De manera que, al efectuarse las sumas aritméticas teniendo en cuenta la siguiente fórmula de incapacidad *"salario x 66,67% x 3 /30*", para lo cual se toma como base salarial $1.162.000, que corresponde al IBC reportado para el mes de julio de 2015, en la planilla de autoliquidación de aportes como lo dispone el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, lo cual arroja un total de $77.470,54, suma superior a la solicitada y a la reconocida por el empleador, por lo que se ordenará pagar la suma de $64.434 que es el valor que persigue la parte accionante con la presente demanda.

Entidad obligada a reconocer la incapacidad

CAFESALUD EPS señala en su escrito de contestación que no está llamada a reconocer dicha prestación económica, pues si bien asumió la continuidad de los servicios de salud que venía recibiendo los usuarios en virtud a su afiliación a SALUDCOOP EPS hoy en LIQUIDACIÓN, esto solo

era respecto a servicios de carácter asistencial y no a acreencias de carácter económico.

Para resolver la discusión se tiene que la resolución 002422 de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el plan especial de asignación de afiliados presentado por la EPS SALUDCOOP en liquidación, para garantizar la prestación del servicio de salud a la población afiliada y su posterior traslado de los afiliados a la EPS CAFESALUD, lo cual empezó a regir a partir del 25 de noviembre de 2015, por lo que se entiende que las incapacidades generadas con anterioridad a dicha data se encuentran en cabeza de SALUCOOP en liquidación. Así las cosas, se tiene que la incapacidad discutida en el presente asunto se generó en agosto de 2015, por lo tanto, le correspondería reconocer a SALUCOOP en liquidación la incapacidad solicitada en consideración a la norma citada, entidad que a pesar de ser notificada no se hizo parte del presente proceso.

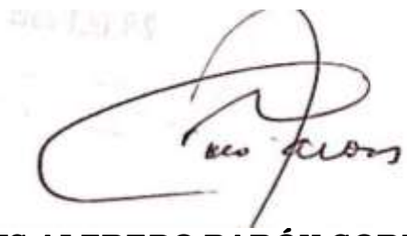
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 27 de marzo de 2020, para en su lugar **acceder** a la pretensión formulada por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, como consecuencia de ello, **ordena** a la EPS SALUDCOOP en liquidación,

reconocer y pagar a favor de la accionante la suma de $64.434, en el término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ IGNACIO GIRALDO VALENCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ IGNACIO GIRALDO VALENCIA,** se **declare** que COLPENSIONES es responsable de efectuarle el reconocimiento y pago del reajuste de su pensión de vejez, se **condene** a COLPENSIONES a pagar el incremento adicional a la pensión del 14% por su cónyuge, correspondiente al retroactivo causado entre el cumplimiento de los requisitos legales y la fecha del pago mismo, se **condene** a la demandada a efectuar la actualización o indexación de los valores calculados, aplicando para tal efecto los IPC correspondientes desde la fecha en que adquirió el status de pensionado y hasta la inclusión en nómina; y el cumplimiento de la sentencia, que las anteriores condenas se hagan en 14 mensualidades al año, se **condene** a la demandada a que le reconozca y pague un incremento

pensional del 14% por su cónyuge GLORIA INÉS CALDERÓN DE GIRLADO en adelante y mientras subsistan las causas que le dieron origen, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas **(fl. 3 v/to)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 4), señaló que adquirió el status de pensionado el 6 de octubre de 2012, mediante resolución GNR 162241 del 9 de mayo de 20147, que el reconocimiento se dio en aplicación al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicándose lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, que su vínculo marital con la señora GLORIA INÉS CALDERÓN inició el 5 de octubre de 1974 y en la actualidad aún conviven como pareja, que la señora GLORIA INÉS CALDERÓN no labora, ni realiza aporte pensionales y depende económicamente de él, que en la EPS se encuentra como su beneficiaria en salud, que el día 14 de marzo de 2017, solicitó el reconocimiento del incremento sin que a la fecha de prestación de la demanda se diera respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda **(fl. 41 a 50)**, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó se ciertos los numerales 1, 2 y 3, los cuales tiene relación con el acto administrativo de reconocimiento, norma que le aplicó para el reconocimiento de la prestación y se acepta por parte de la entidad que no reconoció al momento de otorgar la pensión el incremento del 14% por cónyuge a cargo, en cuando a los demás hechos manifestó no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 27 de agosto de 2019, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el incremento de la pensión de vejez por cónyuge, sobre 12 mesadas de la

pensión mínima a partir del día 6 de octubre de 2012 y mientras perduren las causas que le dieron origen, condenó a la indexación de las sumas debidas y **declaró** no probada la excepción de prescripción (CD – fl. 132).

Como fundamento de su decisión, la *a quo* señala que conforme a la jurisprudencia de la CSJ sala laboral los incrementos pensionales previsto en el Acuerdo 049 de 1990, no perdieron vigencia para quienes adquirieron el derecho pensional por derecho propio o por transición, aun después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por consiguiente al tener que el demandante adquirió el derecho en aplicación del Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deviene el análisis de la pretensión, aclarando que no haría referencia a la sentencia SU 140 de 2019, por cuanto no había sido publicada.

Procediendo a estudiar los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, encontrando que la cónyuge es beneficiaria en salud del demandante y que con la prueba testimonial se pudo comprobar la dependencia económica de la cónyuge con el demandante. Finalmente, indica que no opera la excepción de prescripción, como quiera que se presentó reclamación el 14 de marzo de 2017, interrumpió el término prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que los incrementos consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados con la promulgación de la Ley 100 de 1993, posición reiterada en la sentencia SU 140 de 2019, en donde la Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales solamente pueden ser reconocidos respecto de las pensiones causadas con anterioridad al 1° de abril de 1994.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes o no, en caso afirmativo se estudiará los requisitos establecidos en la norma y la excepción de prescripción propuesta.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JOSÉ IGNACIO GIRLADO VALENCIA, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 162241 del 9 de mayo de 2014 (fl. 11), mediante la cual el COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez en cuantía de $1.833.143 a partir del 6 de octubre de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

> *"Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."*
>
> *(…)*
>
> *"Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los*

incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993."

(…)

"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.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir."

Al respecto, es importante precisar que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y respecto de cuándo empieza a operar,** la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

"7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, "a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria"

(…)

"9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones".

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

"… 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el ***deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos*** *que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional…"*

"Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo."

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento,** lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

"Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya

constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador:** pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica "(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y *"para interpretar las leyes"*, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no

existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia, sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora, cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

> *"**ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*
>
> *1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
>
> *2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

Aunado a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación

Laboral en reciente pronunciamiento se acogió a dicho criterio como se puede ver en la sentencia **SL 2061 del 19 de mayo de 2021**, en la cual dijo:

"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".

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **6 de octubre de 2012** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, como quiera que el recurso de alzada salió avante.

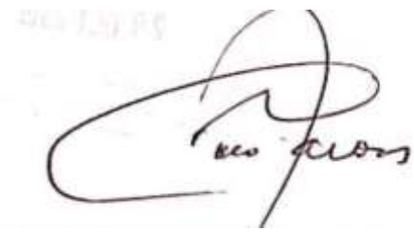
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ANTONIA LÓPEZ CARREÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA ANTONIA LÓPEZ CARREÑO,** se **declare** la nulidad del traslado y de afiliación en pensiones con la AFP PORVENIR S.A. toda vez que la misma estaba afectada por vicios del consentimiento, inducción en error y dolo, se **declare** que como consecuencia de la nulidad de traslado y de afiliación pueda solicitar ante COLPENSIONES reconocerla como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de daños y perjuicios de orden moral y material causados, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fl.9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 8), señaló que nació el 8 de abril de 1961, que se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. en el mes de

julio de 1999, que para el momento del traslado contaba con cotizaciones pensionales entre el 17 de agosto de 1984 al 30 de diciembre de 1992, del 8 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994 y del 1° de febrero de 1995 al 30 de julio de 1999 para un total de 771,71 semanas cotizadas, que al momento del traslado el asesor de PORVENIR S.A. le informó que en el RAIS su pensión sería muchísimo mejor, que el ISS iba a desaparecer, que podía solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera, ya que estos se encontraban depositados en una cuenta de ahorro individual, la entidad omitió informarle que los aportes efectuados por los afiliados al ISS hoy COLPENSIONES se constituyen en un fondo común de naturaleza pública, cuyos recursos se distribuyen para cancelar las pensiones de todos sus destinatarios, en tanto, en las administradoras de pensiones privadas los aportes efectuados por los afiliados se constituyen solamente en una cuenta de ahorro individual, también se omitió informarle que el valor de la pensión en el régimen de prima media no está sujeto al comportamiento de la economía ni del mercado financiero, por el contrario, en el RAIS se caracteriza porque la pensión de vejez es el producto del capital acumulado por el afiliado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo el bono pensional, los aportes voluntarios y sus rendimientos financieros, todos ellos sujetos al comportamiento bursátil, entre otras características, de las cuales se enteró el 13 de marzo de 2018, en una reunión con un funcionario de PORVENIR S.A. enterándose allí del gravísimo error en el que se le hizo incurrir al trasladarse al RAIS, en donde se le indicó que si seguía cotizando a los 61 años de edad su pensión no sería mayor al SMLMV, mesada que sería superior en el régimen de prima media, adicionalmente la entidad no le informó que podía retornar al régimen de prima media.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, los cuales tienen que ver con fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado al RAIS y los aportes que aduce la actora efectuó en el régimen de prima media y los que lleva cotizando en el RAIS, en cuanto a los demás señaló no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción,

caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls 56 a 75).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 y 5, los cuales tienen que ver con fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado al RAIS y los aportes que aduce la actora lleva cotizando en dicho régimen, refirió no constarle el literal r.) y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 90 a 97).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de septiembre de 2019 (CD – fl.166), **condenó** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliados al régimen de prima media a la demandante desde su afiliación inicial al RPM con prestación definida, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a las demandadas en la suma de 2 SMLMV a cargo de cada una de ellas.

Fundamentó su decisión, señala el *a quo* que la demandante se trasladó al RAIS el 19 de julio de 1999, que en la presente demanda no se está alegando pertenecer al régimen de transición, por lo tanto, no era dable analizar las sentencias C789 de 2002, ni la sentencia SU 062 de 2010, por cuando lo manifestado por la actora es que al momento de surtirse el traslado no se le proporcionó una información completa y comprensible

acerca de las ventajas y desventajas que traía dicho traslado, que en ese momento no existió ninguna simulación de la mesada pensional que le permitiera conocer una información así fuera somera del régimen, a efectos de resolver el problema jurídico planteado hace alusión a las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas por la materia.

Sostiene que el deber de información no nació a partir de los Decretos 255 de 2010, 2071 de 2015, ni de la Ley 1748 de 2014, pues con la expedición de esos preceptos normativos lo que se hizo fue recoger, expedir, perfeccionar, modificar y reglamentar la obligación de brindar una información transparente a los consumidores de los servicios financieros, deber que existía a partir de la ley 100 de 1993 y el estatuto financiero 663 del mismo año, aspecto que fue respaldado por la CSJ SL en sus últimos pronunciamientos, por lo tanto, ese deber de información debe mantenerse desde la pre afiliación y durante todo el tiempo en que permanezca vinculado a dicho régimen, refiere también que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP.

Hizo mención a las declaraciones rendidas por la demandante y la representante legal de PORVENIR S.A., en cuanto a la actora refirió que ésta había manifestado que la empresa donde trabajaba había llevado una asesor de PORVENIR S.A. quien les dio como razones para que se trasladará al RAIS que podía pensionar a los 50 años, que podía retirar el bono pensional totalmente, que sus hijos podían heredar la pensión cuando falleciera y que el ISS se iba acabar que fue después que se acercó a PORVENIR para recibir más información pero allí le dijeron que se la daban solo cuando tuviera la edad para pensionarse, que cuando llegó a dicha edad se acercó nuevamente pero quedó desmotivada por la pensión que iba recibir consistente en el SMLMV.

En consideración a lo anterior, el Juez determinó que la entidad demandada PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía, encontrándose únicamente el formulario de afiliación, sin que del mismo se pudiere establecer que realmente se brindó la información necesaria a la actora, procediendo a declarar la ineficacia del traslado pretendida.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que en el presente caso no se encuentra vulnerada la selección libre y voluntaria del régimen pensional establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para que exista la obligación establecida en el artículo 1524 del Código Civil; ésta debe tener una causa, objeto lícito y capacidad de las partes, lo cual no está en discusión, pues se encuentra plenamente probado que el traslado se encuentra acorde con las disposiciones legales vigentes para la fecha en que ocurrió, que consistía en la manifestación por escrito para afiliarse el régimen de pensiones, que ocurrió con el formulario suscrito, si bien el deber de información ha existido desde el Decreto 663 de 1993, no así el deber de documentar la información suministrada, pues dicha obligación nació con la expedición de la Ley 1748 de 2014, la cual no tiene efectos retroactivos, por lo tanto, no se le puede recargar al fondo una obligación que no existía, por ello, no puede asumirse que la AFP no brindó la información de manera verbal.

Igualmente, debe tenerse que la buena fe contemplada en el artículo 83 de la Constitución Política presume la buena fe de ambos lados, por lo que no se puede asumirse que la demandante actuó de buena fe y las demandadas no, atendiendo además que la mala fe debe probarse, no existiendo prueba alguna que demuestre que las AFP hayan actuado de dicha manera, además las partes deben probar los supuestos de hecho en que fundan sus alegaciones como lo dispone el artículo 167 del CGP, lo cual no encuentra acreditado por la actora, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición y atendiendo las jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en sentencia del Magistrado CARLOS ANDRÉS VARGAS, sobre la carga de la prueba manifestó: "*los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que lo alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar con no actuó con dolo, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, las partes tienen la carga de probar los supuestos fácticos en que fundan sus alegaciones según el extremo que ocupan*".

De lo anterior, se resalta que la inversión de la carga de la prueba es una subregla desarrollada en la jurisprudencia y que no constituye una regla probatoria de carácter general y que obligue aplicarla en todos los casos, sino en los casos en que particularmente debe advertirse tal situación en que sean beneficiarios del régimen de transición, debe probarse por la parte interesada que pretende la nulidad de traslado que se incurrió en los vicios del consentimiento, pues tal y como lo manifestó la demandante en su interrogatorio de parte la motivación que tuvo para trasladarse de régimen pensional obedeció a que el ISS se iba acabar, situación que no es contraria a la realidad ya que mediante el Decreto 2013 del año 2012, efectivamente se suprimió el ISS y mediante la Ley 1151 del año 2007, se creó COLPENSIONES hecho que fue notorio y de público conocimiento, de manera, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo tanto, no es dable que se admita que por desconocimiento de que la administración del régimen de prima media haya sido asumida por COLPENSIONES se tenga que declarar nulo el traslado válidamente efectuado por la demandante.

Arguye, que debe tenerse en cuenta que existe una falta de la verdad en la demanda, pues en se dice en el hecho 9, que el asesor de PROVENIR le dijo a la demandante que el ISS se iba acabar y que había sido la causa de traslado de régimen, situación que contradijo la testigo BLANCA JULIA PRIETO quien dijo que el asesor de PORVENIR nunca les manifestó nada sobre la liquidación del ISS, también se contradijo la demandante al señalar que no conocía de la posibilidad que tenida de trasladarse el RPPD cuando solicitó en el año 2010, su traslado de régimen que le fue negado por encontrarse en la prohibición legal contemplada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Agrega, que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que no caprichosamente el legislador estableció la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales, pues la misma permite la descapitalización del fondo común del régimen de prima media, que en el presente asunto lo que se discute es el valor de la mesada entre uno y otro régimen, por lo que debe considerarse lo dicho en la sentencia C- 087 de 2002, de igual manera, la demandante nunca ha estado desamparada para los riesgos de IVM, por lo que de confirmase la decisión de primera instancia

es necesario realizarse un cálculo de rentabilidad, toda vez que una pensión en el régimen de prima media le cuesta a COLPENSIONES $85.0000.0000, por lo que teniendo en cuenta la expectativa de vida y los dineros traslados solo alcanzaría para cubrir las mesadas trasladadas por un mínimo de 8 años. Por último, solicita sea absuelta a la condena en costas teniendo en cuenta que según el artículo 48 de la Constitución Política no podrán utilizarse los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ellas, además no era dable no oponerse, teniendo en cuenta que los traslados fueron plenamente válidos y no indujo en error.

PORVERNIR S.A. también interpone recurso de apelación señalando que la demandante conocía la naturaleza del RAIS, tanto fue así, que en el interrogatorio de parte manifestó algunas de las características como que se podía pensionar anticipadamente, que sus aportes tendrían algunos rendimientos; entre otros, también manifestó que tenía conocimientos básicos de las características del régimen de prima media y aun así optó por trasladarse al RAIS como su mejor opción. De otra parte, debe tenerse en cuenta que el régimen de prima media se basa en la solidaridad y conceder el traslado conlleva a la definanciación del sistema pensional, máxime cuando el traslado desemboca en el reconocimiento de una prestación del cual la demandante no ha cotizado, tampoco se debe tener en cuenta como un vicio del consentimiento la falta de documentación de la asesoría ya que el deber de información solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014, que no cuenta con efectos retroactivos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARÍA ANTONIA LÓPEZ CARREÑO el 19 de julio de 1999 (fl.105), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., realizando aportes desde el 1° de septiembre de 1999 y donde se encuentra vinculada actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 17 agosto de 1984 al 31 de agosto de 1999, como se puede ver de la historia laboral de COLPENSIONES obrante a folio 19 del expediente.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 105 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP PORVENIR S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

En cuanto a las inconsistencias que menciona la apoderada de COLPENSIONES en el recurso interpuesto respecto de que la actora haya manifestado que no conocía del derecho que tenía de retornar al régimen de prima medio, sin embargo, obra solicitud a COLPENSIONES para retronar a dicha entidad el cual fue negado por encontrarse inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para ésta Sala de decisión no resulta un hecho contradictorio, por el contrario, reafirma la falta de información en la que incurrió la entidad, pues esta debe darse tanto al momento del traslado como en su permanencia en ésta, de manera que con ello queda demostrado que no cumplió con su deber de informarle de manera oportuna el derecho que tenía de poder trasladarse al régimen de prima media.

También aduce la recurrente que existió contradicción entre lo dicho por la demandante con la testigo BLANCA JULIA PRIETA, toda vez que la actora menciona que el asesor del PORVENIR S.A. le dijo que ISS se iba acabar, aspecto que negó la testigo, frente a lo cual esta Corporación no considera un aspecto relevante por el cual se deba negar la ineficacia pretendida, pues si bien existió contradicción en sus manifestaciones, lo cierto es que no es un hecho desconocido que los fondos privados bajo el argumento de que ISS desparecería lograron cautivar a muchos trabajadores para el traslado de régimen, ya sea porque lo dijeron directamente o por el rumor de otros trabajadores que se encontraban en el mismo proceso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, y contrario a lo señalado por la accionada en el recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento, como tampoco resulta obligatorio para esta Sala de decisión dar aplicación a la sentencias referidas por el apelante y proferidas por otras Salas de decisión del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que tienen posturas diferentes a las aquí definidas, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

Ahora, en cuanto al deber de información que para el momento del traslado se encontraba regulada por el Decreto 663 de 1993, normatividad que no plasmó que el mismo debía ser por escrito, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha señalado al respecto: "*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

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

Por último, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un

servicio público (SL 1467 de 2021), de manera que no le asiste razón a las recurrentes en cuanto a que no tenían el deber de información detallada.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Expresando en uno de sus últimos pronunciamientos, textualmente lo siguiente (SL 1467 de 2021):

> *"En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1217-2021, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan,* ***o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás****» (CSJ SC3201-2018).*
>
> *Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil, y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*
>
> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se*

hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020)".

De ahí que no les asista razón a las accionadas, por cuanto la consecuencia jurídica al declarase la ineficacia del traslado conlleva a "*declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás",* lo que lleva consigo la devolución de trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Costas

En cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio en tanto tiene que recibir a la actora y activar su afiliación, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

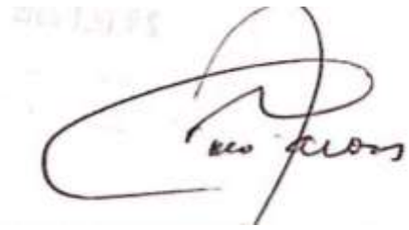
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

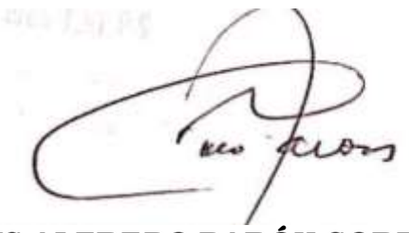


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de $ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUTH ARACELI HIGUERA MORA contra CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

La señora **RUTH ARACELI HIGUERA MORA** solicita se **declare** la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la clínica demandada desde el 18 de julio de 2009 al 30 de junio de 2016, se **condene** a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones y prima de servicios de toda la relación laboral, se **condene** a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se **condene** al pago de los intereses a las cesantías prevista en el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, se **condene** al pago del cálculo actuarial de los aportes que por Ley correspondía al sistema de seguridad social en pensiones con destino a PORVENIR de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones correspondiente al mes de abril de 2016 a junio de 2016, teniendo como IBC la suma de $1.060.000 con intereses moratorios hasta el momento en que se efectué el pago, se **condene** al pago del cálculo actuarial de los aportes que por Ley correspondía al sistema de seguridad social en pensiones con destino a PORVENIR de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones correspondiente al 18 de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2009, teniendo como IBC la suma de $800.000, se **condene** al pago del cálculo actuarial de los aportes que por Ley correspondía al sistema de seguridad social en pensiones con destino a PORVENIR de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones correspondiente al 1° de

enero de 2010 al 30 de septiembre de 2010, teniendo como IBC la suma de $820.000, el 1° de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011, la suma de $840.000, del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012, la suma de $860.000, del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013, la suma de $900.000, del 1° de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014, la suma de $940.000, del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015, la suma de $1.000.000 y del 1° de enero de 2016 al 31 de mayo de 2016, la suma de $1.060.000, se **condene** al pago de la indemnización de perjuicios por no suministro de calzado y vestido, se **condene** a la indexación de las sumas no constitutivas de salarios, ni prestaciones sociales, se **condene** a las facultades ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 3 a 4).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 1 a 3 del plenario en los cuales se señalaron; que el día 18 de julio de 2009, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT LTDA hoy CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS, para desempeñarse en el cargo de auxiliar odontológica, que se acordó que la labor se desempeñaría en la clínica ubicada en la carrera 78B No. 39 A -03 en donde debía cumplir un horario 8:00 a.m. a 8:00 p.m. de lunes a viernes y los sábados de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., que los salarios pactados correspondieron para el 2009 de $800.000, para el 2010 la suma de $820.00, para el 2011 la suma de $840.000, para el 2012 la suma de $860.00, para el 2013 en la suma de $900.000, para el 2014 la suma de $940.00, para el 2015 la suma de $1.000.000 y para el 2016 la suma de $1.060.000, que durante toda la relación laboral la demandada omitió su obligación de realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones con valor realmente devengado, realizando las cotizaciones sobre el SMLMV, que el día 7 de enero de 2014, la demandada hizo que firmará un contrato de prestación de servicios argumentando que la sociedad sería liquidada y que el cambio de modalidad contractual no afectaría en lo absoluto la relación laboral, por lo que, las condiciones de trabajo siguieron siendo las mismas, que el día 30 de junio de 2016, decidió renunciar de forma verbal al empleo, que el motivo de su decisión se debió a que al solicitarle a su empleador el pago de las acreencias laborales, éste le manifestó no deberle nada, pues le pagaba una bonificación a final de año de $200.000, que durante el vínculo laboral la demanda le concedió una semana anual de vacaciones, pero no le pagó las vacaciones no disfrutadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó los numerales 3, 17 a 23, 26, 27, 30 a 33, aceptó parcialmente el numeral 3, lo cuales tienen relación con el cargo desempeñado, el lugar donde funciona la entidad demandada, que se hicieron cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones sobre el SMLMV, que entre las partes se firmó un contrato de prestación de servicios para el año 2014, la fecha en que la actora presentó su renuncia, que se pagaron bonificaciones de $200.000 el cambio de contrato por prestación de servicios y que le fue concedida una semana anual por vacaciones durante la vigencia de la relación laboral, pero que lo fue como contratista, no se aceptaron los demás hechos y se propusieron como excepciones de fondo carencia de derecho y presupuestos para solicitar la declaración de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes por la existencia de un contrato de prestación de servicios con calidad de contratista, inexistencia de la obligación de cancelar prestaciones sociales solicitadas, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y genérica (fls. 75 a 82).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de julio de 2019, **declaró** la existencia de una relación de trabajo entre la demandante y la CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS entre el 1° de octubre de 2010 al 30 de junio de 2016, **condenó** a la demandada a las siguientes sumas y conceptos:

1. *"$4.588.105,56 por concepto de cesantías.*
2. *$292.747,65 por concepto de intereses a las cesantías.*
3. *$2.922.055,56 por concepto de prima de servicios.*
4. *$1.461.027,78 por concepto de vacaciones.*
5. *$25.440.000 por concepto de indemnización por falta de pago artículo 65 CST, a partir del mes 25 los intereses moratorios de acuerdo al interés bancario corriente y las tasas del artículo 884 del Cód. Comercio".*

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones, **autorizó** a la entidad demanda a descontar de los valores señalados la suma de $4.170.000 por concepto de pagos parciales efectuados a la demandante, **declaró** no probadas las excepciones formuladas, **salvo** la de pago; que se **declaró** probada parcialmente según valor indicado de $4.170.000 y la de prescripción que se **declaró** parcialmente frente a

acreencias laborales con anterioridad al 30 de junio de 2013, **condenó** a la demandada al pago de agencias en derecho en la suma de $1.200.000 **(**CD fl. 325).

Como **argumento de su decisión**, el Juez hace referencia a los interrogatorio de parte rendidos por el demandante y el representante legal de la clínica demandada, indicando que el representante legal había manifestado que las labores o actividades desarrolladas por la demandante se había efectuado a través de un contrato de prestación de servicios, refirió el *a quo* que las labores o actividades desarrolladas estaban inmersas en la organización de la empresa demandada cuyo objeto social también contrastaba con lo que establecía el certificado de existencia y representación legal de la clínica demandada consistente en servicios odontológicos y cualquier tipo de operación mercantil referida a ese desarrollo. Adicional a ello, obraban certificaciones expedidas por la demandada en donde se señalaba que había devengado un salario de $1.400.000 mensual a través de un contrato a término indefinido, frente al cual el representante legal había dicho que esa certificación se dio a título de favor para un crédito que se iba a conceder, haciendo referencia el Juez a las jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral relacionada con la credibilidad que se le debe dar a las certificaciones expedidas por el empleador, adicionalmente, obraba otra certificación expedida el 2 de marzo de 2016, la cual no establecía condiciones salariales, ni extremos laborales.

Bajo ese entendido, consideró el *a quo* que se encontraba acreditada la prestación del servicio, arguyendo que con la documental mencionada estaría estructurada desde el mes de diciembre de 2009, pero con efectos desde el mes de febrero del año 2010, que cotejada dicha información y visto el certificado de semanas cotizadas se observa que las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones fueron hechas por la empresa demandada desde octubre de 2010, sobre periodos de cotización sucesivos desde esa fecha hasta marzo de 2016 y aparejando también las correspondientes cuentas de cobro esto se prolongó hasta el 30 de junio de 2016, por tal razón tuvo para efectos jurídicos del vínculo laboral desde el 1° de octubre de 2010 y hasta el 30 de junio de 2016.

Para efectos de la determinación de salarios el despacho tuvo en cuenta las cuentas de cobro obrante dentro del expediente desde el 2012 hasta el 2016, aclarando que como no había certeza frente a las vigencias del 2010, 2011 y parte del 2012, se liquidaba sobre la base del SMLMV de $515.000 a 2010, $535.600 a 2011 y $566.700 para 2012, para el 2013 en adelante si los valores consignados en las cuentas de

cobro. Finalmente, declaró probada parcialmente la de prescripción sobre las prestaciones y salarios que se hubieren causado con anterioridad al 30 de junio de 2013.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, solicitó inicialmente aclaración de la sentencia y a su vez interpuso recurso de apelación en relación a los siguientes aspectos, primero; frente a la fecha inicial de la relación laboral, indicando que los certificados de trabajo expedidos el 30 de junio de 2016 y el 20 de abril de 2015, eran muy claros en establecer que la relación laboral inició el 18 de julio de 2009, razón por la cual no entiende por qué en la parte resolutiva se declaró a partir del 10 de octubre de 2010.

Segundo, manifiesta también inconformidad respecto de las condenas dado que también se pide condena de cada una de las prestaciones sociales, compensación de vacaciones respecto de esta parte de la relación laboral que no fue declarada por el juez, y además también respecto de absolver a la demandada sobre los aportes a la seguridad social visto que como consta en el expediente en certificaciones e historias laborales expedidos por el fondo de pensiones PORVENIR se demuestra que no fue pagado ni cotizado de acuerdo a el monto referente al IBC dado que la demandante recibía mayor cantidad de dinero por concepto de salario.

El tercer aspecto, tiene que ver con los salarios recibidos por la demandante, toda vez que el certificado laboral expedido el 20 de abril de 2015, se establece de manera muy clara que devengó un salario de $1.400.000, documento que fue expedido por la clínica MAJIDENT SAS y firmado por su representante legal, motivo por el cual no entiende la diferencia salarial.

El Juez se pronunció frente a la **aclaración** señalando que en interrogatorio de parte del representante legal había señalado que la afiliación a la caja de compensación como trabajadora dependiente fue calendada el 20 de octubre de 2010 y fue por ello que se le presentó la carta para efectos de esa identificación como trabajadora dependiente como obra en el documento obrante a folio 20, por lo que al no ser precisas las fechas se tomó el 1° de octubre de 2010, en cuanto a la aclaración de los salarios e IBC de los aportes a pensión indicó que los argumentos para ello habían

quedado plasmados en la parte considerativa de la sentencia, procediendo entonces a conceder el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en este caso consisten en determinar si el extremo inicial de la relación laboral lo fue a partir del 18 de julio de 2009, por ende, si deben reconocerse acreencias laborales desde dicho periodo, si debe modificarse la base salarial con la cual se realizó los aportes a seguridad social en pensiones y si el salario devengado por la demandante correspondió a la suma de $1.400.000 durante toda la vigencia de toda la relación laboral.

Existencia de la relación laboral

En el presente asunto el *a quo* declaró la existencia de la relación laboral teniendo en cuenta la labor desempeñada por la actora que lo fue de auxiliar de odontología, actividad que tiene relación directa con el objeto social de la entidad demandada, así mismo, apoyo su decisión con las certificaciones laborales expedidas por la clínica en la cual deja evidencia el vínculo laboral que los ató, sobre lo cual la parte demandada no manifestó reparó alguno, considerando el sentenciador de primera instancia que los extremos de la relación laboral lo fueron desde el 1° de octubre de 2010 al 30 de junio de 2016, como salario estableció que se tomarían los valores consignados en las cuentas de cobro allegadas al plenario.

De tal manera, queda claro que no existe controversia frente a la existencia del contrato ni del extremo final de éste, la discusión radica frente al extremo inicial y el salario declarado, lo cual se pasa analizar.

Extremo inicial de la relación laboral

Sostiene el *a quo* en la parte considerativa de la sentencia que el extremo inicial de la relación laboral debía tomarse desde el mes de octubre del año 2010, por cuanto fue a partir de dicha data que se comenzaron a efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones a favor de la demandante, ya en la aclaración solicitada por el actor, se mantuvo en su decisión agregando que el representante legal en su interrogatorio de parte había manifestado que la afiliación a la caja de compensación

como trabajadora dependiente de la demandante lo fue el 20 de octubre de 2010, razón por la cual no se podía tener en cuenta la fecha estipulada en la certificación allegada.

En consideración a los argumentos esbozados por el sentenciador de primera instancia se observa que en efecto la clínica demandada empezó a efectuar cotizaciones a pensión a favor de la demandante a partir del mes de octubre de 2010 como da cuenta la documental que milita a folio 24 del expediente, igualmente se encuentra una solicitud de afiliación a la caja de compensación familiar presentada por la parte de la demandada a COMPENSAR en la cual se pide la afiliación de la señora RUTH ARECELI HIGUERA MORA a partir del 15 de octubre de 2010 (fl.20). No obstante, obran dos certificaciones laborales expedidas por la clínica de fechas 30 de junio de 2016 (fl.19) y 20 de abril de 2015 (fl.31), en cuales se certifica que la relación laboral inició el 18 de julio de 2009, de manera que, a la luz de lo dispuesto en la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la misma que fue citada por el *a quo* respecto del valor probatorio de los certificados laborales expedida por el empleador como se puede ver en las sentencias con radicado 38666 del 30 abril de 2013 y SL17514-2017, señaló:

> *"El Juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el Juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el Juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral".*

Así las cosas, si bien el empleador efectuó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones y afilió a la caja de compensación a la demandante en el mes de octubre de 2010, ello no demuestra que efectivamente la prestación personal del servicio se dio a partir de dicha data más aún cuando el empleador certificó en dos oportunidades y en fechas diferentes que el inició de la relación laboral lo fue a partir del 18 de julio de 2009, por lo que el Juez debió haberle dado el valor probatorio que merecían dichas certificaciones, incluso paso por alto que a folios 83 a 85 obra contrato de prestación de servicios que fue suscrito entre las partes el 1° de agosto de 2009, lo cual demuestra que en efecto el inició de la relación laboral se dio el 18 de julio de 2009, como lo refrendó el empleador en las certificaciones allegadas, por ende, se declarará

el inició de la relación laboral a partir de dicha data.

Reconocimiento de acreencias laborales y aportes a pensión

Ahora, teniendo en cuenta que se está reconociendo la relación laboral a partir del 18 de julio de 2009 y como quedó acreditado que no se efectuaron aportes a pensión a partir de dicho fecha se ordenará reconocer los mismos, los cuales corresponden al periodo comprendido entre el 18 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta que no se encuentra afectados por el fenómeno prescriptivo, de igual manera, se deberán reconocer las cesantías de dicho interregno ya que su parámetro de exigibilidad se da al fenecimiento de la relación laboral, periodo que no se tuvo en cuenta por el *a quo* al momento de efectuarse la liquidación de acreencias laborales, lo cual no ocurre con las demás acreencias laborales solicitadas, pues estas sí se ven afectados por el fenómeno prescriptivo tal como fue declarado por el fallador de primer grado.

Al hilo de lo anterior, deberá la clínica demandada reconocer a favor de la demandante el consecuente **pago de la reserva actuarial** que determine el fondo de pensiones POVENIR S.A. entidad donde se encuentra afiliada la actora como consta a folio 32 del expediente del periodo comprendido entre el 18 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2010, teniéndose como base salarial para el año 2009 el SMLMV al no existir constancia del salario real devengado para ese periodo y para el año 2010, se tomará como como base salarial la suma de $600.000, como quiera que es el valor pactado en el contrato de prestación de servicios suscrito para dicho año y que milita a folio 87 del plenario. Como **valor de cesantías** de los años 2009 y 2010 deberá reconocerse la suma de **$673.319**, por lo tanto, dicha suma deberá adicionarse al valor de las cesantías impuestas en primera instancia.

Salario real devengado

Aduce el recurrente que para establecer el valor del salario durante la vigencia de la relación laboral debió tomarse el salario certificado por el empleador el 20 de abril de 2015 y que correspondió a la suma de $1.400.000, al verificarse dicho documento se tiene que la demandada hace constar que la señora RUTH ARACELI HIGUERA MORA trabaja para la clínica odontológica MAJIDENT SAS desde el 18 de julio de 2009, devengado un salario actual de $1.400.000 (fl.31), es decir, que de dicha certificación se entiende que solo fue para el año 2015 que la demandante devengó dicha suma, más

no quiere decir que fue ese el valor devengado en toda la relación laboral. Sin embargo, al constatarse las cuentas de cobro que presentaba la actora ante la entidad demandada para el año 2015 (fl. 231 a 271), las mismas se facturaron en la suma de $500.000 pesos quincenales, reconociendo con ello la promotora del proceso que realmente ese fue el valor que le retribuyeron por sus servicios prestados para ese año, incluso en el hecho 22 de la demanda la actora reconoce que el valor percibido para el 2015 fue de $1.000.000 y en el interrogatorio de parte del representante legal de la clínica demandada éste manifestó sobre el certificado que se expidió por hacerle un favor a la demandante para un crédito que estaba solicitando, lo cual deja entrever el motivo por el cual aparece un valor más alto de salario que el que realmente estaba percibiendo, con todos estos aspectos queda sin soporte el valor del salario certificado por el empleador, igual suerte corren los demás años laborados que como bien lo adujo el *a quo* tienen soporte en cada una de las cuentas de cobro presentados por la actora, en consideración a lo expuesto no hay lugar a modificar el valor de los salarios declarados por el Juez, excepto los del año 2010, que como bien se expuso precedentemente tiene cimiento con el contrato de prestación de servicios suscrito para esa anualidad.

IBC reportado en los aportes a pensión

A folios 24 a 25 se encuentra la historia laboral de la demandante expedida por la AFP PORVENIR S.A. en la cual obra constancia de los IBC reportados por el empleador, los cuales se realizaron con base en el SMLMV por cada uno de los años laborados, empero, como quedó acreditado en el devenir del presente proceso la actora percibió durante parte de su relación laboral una suma superior al salario mínimo, tal como consta en las cuentas de cobro varias veces señalada, de manera que, se ordenará a la demandada pagar las diferencias de los IBC reportados a dicho fondo desde el año 2013, teniendo como base salarial la suma de $870.000, para el año 2014 la suma de $960.000, para el 2015 la suma de $1.000.000 y para el año 2016 la suma de $1.060.000.

Por lo anterior, se **modificará y adicionará** la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada prosperó parcialmente.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre la demandante y la CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS a partir del 18 de julio de 2009 hasta el 30 de junio de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

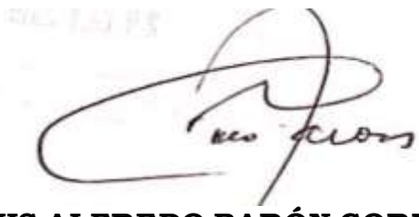
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 1° del ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS a pagar como valor de cesantías la suma de $5.261.424,56.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la CLÍNICA ODONTOLÓGICA MAJIDENT SAS a **RECONOCER** a favor de la demandante el consecuente pago de la reserva actuarial que determine el fondo de pensiones POVENIR S.A. del periodo comprendido entre el 18 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2010, teniéndose como base salarial para el año 2009 el SMLMV y para el año 2010, la suma de $600.000 y se **CONDENA** a la demandada a pagar las diferencias de los IBC reportados a dicho fondo desde el año 2013, teniendo como base salarial la suma de $870.000, para el año 2014 la suma de $960.000, para el 2015 la suma de $1.000.000 y para el año 2016 la suma de $1.060.000.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO MIGUEL LÓPEZ PARADA contra SOCAR INGENERÍA LTDA

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **PEDRO MIGUEL LÓPEZ PARADA** se **declare** que la demanda debe reconocer la indemnización de perjuicios materiales, morales y fisiológicos causados por el accidente de trabajo que le produjo una disminución en su capacidad laboral, se **declare** culpable a la demandada de que lo despidieron en estado de vulnerabilidad y estabilidad manifiesta, razón por la cual procede la llamada estabilidad laboral reforzada, según el artículo 26 Ley 361 de 1997, se **condene** al pago de acreencias laborales, se **condene** a la demandada al pago de perjuicios materiales y morales, se **condene** a los perjuicios causados previstos en la Ley 361 de 1997, se **condene** al pago de costas procesales (fls.75*).*

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.73 a 75 y 98) el demandante manifiesta que entre él y el CONSORCIO PORVENIR existió un contrato laboral desde el 1°de diciembre de 2011y se dio por terminado el 8 de junio de 2012, donde se desempeñó como soldador de tubería petrolera, que el día 20 de enero de 2012, siendo las 7 a.m. se encontraba en su lugar de trabajo y se disponía a empezar sus actividades, una retroexcavadora

estaba dando reversa al parecer no vio y lo aplastó contra un tubo causándole traumatismo en el tórax y fracturas múltiples, la retroexcavadora de las características anotadas fue plenamente identificado así como quien lo conducía, en razón a que por ser el sitio de trabajo asignado por el CONSORCIO PORVENIR al momento de los hechos, en el lugar se encontraban compañeros de trabajo quienes fueron testigos presenciales y de manera solidaria estuvieron en el lugar hasta llegar la ambulancia que atendiera el suceso, quienes consideraron la imprudencia el conductor de la retroexcavadora y considerar que fue él quien causo el accidente.

Aduce que fue llevado al hospital regional de Miraflores (Boyacá), pero al otro día le informaron que no lo podían seguir atendiendo por tener nivel II de atención, por lo que tuvo que viajar a la ciudad de Bogotá para ser atendido tanto por la EPS como por la ARL SEGUROS BOLIVAR, que la ARL SEGUROS BOLIVAR le dio una incapacidad desde el mes de febrero de hasta el 6 de junio de 2012, donde tuvo que incurrir en gastos adicionales tanto para él como los de su esposa como arriendo, alimentación, transporte, gastos médicos adicionales, etc. Que, el día 8 de junio de 2012, le informaron que le daban por terminado el contrato de trabajo, encontrándose en ese momento incapacitado por la ARL SEGUROS BOLÍVAR como lo demuestra las ordenes de incapacidad y sesiones de fisioterapia, además de haber quedado pendiente terapias, la última cita la tuvo el 18 de octubre de 2012, por lo que tuvo que asistir a médicos particulares para que lo valoraran, que para la fecha de presentación de la demanda aún le seguían dando citas médicas, tratamientos médicos y fisioterapia sin recuperación, que la ARL SEGUROS BOLIVAR en carta del 10 de octubre de 2012, da el dictamen de calificación de disminución de la capacidad laboral de 8,90% a la cual se opuso y solicitó una nueva valoración, la Junta de Calificación de Invalidez da una nueva valoración con una pérdida de capacidad laboral del 10,30%, que la fecha no le han cancelado acreencias laborales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SOCAR INGENERÍA LTDA contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 5, 15 y 16, los cuales tiene que ver con el sitio médico en que adujo el actor fue llevado después del accidente que sufrió durante su jornada laboral, en

cuanto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se determinó por parte de la ARL SEGUROS BOLIVAR de fecha 10 de octubre de 2012 y el porcentaje emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, parcialmente ciertos los numerales 1 a 3 y 6, los que tiene que ver con la relación laboral y extremos, la demandada acepta la relación laboral, pero difiere de los extremos laborales, cargo y la hora en que ejecutó sus labores el día del accidente señalados por el actor, reconoce que el actor fue atendido por el Hospital Regional de Miraflores –Boyacá, pero manifiesta que fue remitido para manejo integral por servicios de traumatología. Dijo no ser ciertos los numerales 4, 8 y 10, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo culpa exclusiva de la víctima (fls. 184 a 188).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de marzo de 2019, **declaró** que entre del demandante el CONSORCIO EL PORVENIR MIRAFLOREZ conformada por la demandada SOCAR INGENERÍA LTDA existió un contrato de trabajo entre el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2011 hasta el 10 de junio de 2012, **condenó** a la demandada SOCAR INGENERÍA LTDA a pagar a favor del demandante la suma de $38.188.719 por concepto integral de perjuicios establecidos en el artículo 216 del CST que corresponde al 45% de la indemnización total que estaba a cargo del consorcio, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas y la **condenó** en costas en la suma de $1.863.261 (CD fl.612).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que no existía discusión en cuanto a la relación laboral que había sostenido el actor con la demandada, que la discusión radicaba respecto de los extremos de la relación laboral, argumentando que con las pruebas allegadas al plenario permitían concluir que el demandante prestó sus servicios al CONSORCIO PORVENIR MIRAFLOREZ, representado o constituido por la demandada SOCAR INGENERÍA LTDA, conforme al acta de constitución de ese consorcio determinándose el 2 de diciembre del año 2011, desempeñándose como ayudante técnico, en cuanto al extremo final refiere que lo fue el 10 de junio del año 2012, de acuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales.

En cuanto a la indemnización por encontrarse en estado de estabilidad laboral reforzada, sostuvo el sentenciador que el expediente se hallaba huérfano de pruebas que indicará que el empleador terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato, que la única prueba que obraba era el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada quien señaló que dada la naturaleza o características del contrato de trabajo del señor demandante que era por obra o labor, ante la terminación de la obra o labor para el mes de junio de 2012, se tomó la determinación de dar aplicación a la modalidad contractual, es decir por el cumplimiento de la obra o labor.

De otro lado, indicó que, con anterioridad a su retiro del servicio, esto es, el 10 de mayo se dio una orden de reincorporación laboral por parte de la ARL, no existiendo evidencia probatoria que para el mes de junio cuando se produjo el retiro se encontrará calificado y que la misma fuera superior al 15%, que la calificación se dio con posterioridad al retiro y no se dio el porcentaje establecido por la Corte Suprema de Justicia del 15%, tampoco se evidenció que el retiro hubiere sido por su situación de salud.

En cuanto a la indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del CST, hace referencia a las declaraciones rendidas por los testigos ALBERTO MORALES y ANTONIO CEPEDA LÓPEZ; de donde se pudo establecer que el demandante en el momento en que ocurrió el accidente de trabajo estaba cumpliendo las labores o las funciones asignadas impuestas por su empleador, también habían referido las funciones del demandante la cual consistía en pulir o ayudar a que quedará bien la soldadura, actividad que era de riesgo, porque debía estar cerca a la retroexcavadora, dado que la es la máquina que levantaba el tubo, lo colocaba en su sitio para que ellos procedieron a soldar y el demandante a efectuar las funciones de pulido. Por consiguiente, el actor estaba cerca a la retroexcavadora porque era la máquina que les colaboraba en el cumplimiento de las funciones, es decir, por orden del empleador el señor demandante se puso en una situación de riesgo, no siendo una decisión autónoma del demandante de estar ubicado cerca de dicha máquina, de manera que la situación de riesgo fue impuesta por el empleador, pues así se requería dada la situación especial que él debía cumplir con un apoyo de una retroexcavadora para efectos de soldar estos tubos.

Acota el *a quo* que los testigos habían narrado que, como medida de protección en situación que se pudiere presentar con la retroexcavadora, se procedía a amarrarla a otra máquina en una posición más arriba y más estable para evitar que se presentará un deslizamiento y demás dado el terreno donde se trabajaba. Sin embargo, si bien había existido una situación de prevención y de cuidado por parte del empleador el mismo no había sido del todo efectivo para evitar el accidente al trabajador. Sostiene que si bien se encuentra acreditado que el empleador ofrecía unas charlas encontrándose los comprobantes de la asistencia del actor, las mismas no fueron suficientes para evitar la ocurrencia del accidente y el desconocimiento del deber de protección lo que demuestran la culpa del empleador; teniendo en cuenta que puso al trabajador en una situación de riesgo, por cuanto era un sitio de posible desplazamiento y además que debía estar cerca de la retroexcavadora, asumiendo ese riesgo, la protección no fue suficiente para evitar el accidente.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada inconforme con la decisión argumento que existe una falla en cuanto a la valoración de la prueba, específicamente en cuanto a la culpa patronal que tuvo por probada el señor juez, por ende; solicita se revoque la decisión por cuanto el juez hace rememora la culpa patronal establecida en el artículo 216 del CST, que como bien lo referencia es una culpa subjetiva y fundamenta ello en que el alma de esta culpa originariamente sería el deber de cuidado y protección que tiene el trabajador sobre sus trabajadores. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esa concepción también ha evolucionado en el sentido de que hay situaciones que se sale de la protección, del cuidado que puede tener el empleador, por más de que haga todo lo necesario, pues si efectivamente existe algún tipo de maniobra imprudente del trabajador, no puede ir a más allá de lo que es posible, entonces en ese sentido de la evolución que ha tenido la culpa patronal, ha venido desarrollándose también la evolución del autocuidado que debe prestar el trabajador.

Aduce, que el juez señaló que en este caso se dan los elementos jurisprudenciales que determinarían una culpa patronal imputable a SOCAR

INGENIERÍA, si bien existió un accidente la carga de probar le correspondía al demandante quien debía demostrar la culpa suficientemente comprobada como lo indica el artículo 216 del CST, por lo que dar por probado sin estarlo, que efectivamente el ex empleador puso en riesgo al ex trabajador por ponerlo en un sitio muy cercano de la retroexcavadora, entonces acá hay una situación que tiene una connotación subjetiva del señor juez y se sale de la situación probada y se vuelve más un elemento subjetivo más que de prueba, pues si bien es cierto que hay efectivamente un riesgo en ese tipo de labores, hay veces que también debe tener el cuidado el trabajador.

Arguye, que existe unos elementos probatorios que son las capacitaciones continuas que se le daba a todo tipo de trabajador, ayudante técnico, esmerilador, el que sea que intervenga allí, está el testimonio de ANTONIO LÓPEZ dónde habla específicamente de las líneas de fuego en dónde no puede estar un trabajador, sea el que sea o dentro de la máquina retroexcavadora cuando está encendida, había otras personas cerca al ex trabajador, el soldador que debía estar cerca de él y otras dos personas, conforme a los testigos, entonces es muy relevante y no se probó porque le ocurrió está situación únicamente al señor y no a los demás. Entonces es completamente una situación que se sale de las manos del ex empleador cubrir todas las falencias que puedan ocurrir, se habla de que efectivamente según el dicho de los testigos hubo una situación de invierno, una situación lodosa que pudo haber ocasionado que la máquina se hubiera movido un poco, pero en todo caso existía la obligación por parte del ex trabajador de estar en una posición de protección y auto cuidarse; y no lo cumplió. Adicionalmente, según lo que aparece en la hoja de vida del demandante éste es esmerilador y tenía la experiencia, entonces no se entiende porque no está en una posición fuera de peligro, es decir lejos del área del tubo y la máquina, entonces no se entiende como solamente a él le ocurrió esa situación estando los otros también desarrollando funciones similares.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo que acaeció el demandante 20 de enero de 2012.

Existencia de un contrato laboral

No existe controversia frente a la relación laboral y modalidad contractual que ató las partes y que tuvo vigencia entre el 2 de diciembre de 2011 al 10 de junio de 2012, a través de un contrato de obra o labor contratada, tal y como fue declarado por el Juez de primera instancia, aspecto que no fue controvertido por el recurrente.

Culpa patronal

Ha sido reiterativa la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral en establecer que es el trabajador quien debe acreditar que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión, diligencia y cuidado por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, correspondiéndole al empleador probar que cumplió con la diligencia y cuidado, es decir, no cualquiera, sino aquella que tiene relación armónica y directa con esa causa eficiente o, lo que es lo mismo, con el factor determinante en la ocurrencia del accidente (***SL 4291 del 26 de octubre de 2020, rad. 70848)***.

Así mismo, ha precisado la alta Corporación, que la causalidad, o sea la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento *sine qua non* de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido al mismo (denominados por la doctrina *causas ajenas*). De allí que, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito y la fuerza mayor, son considerados como eximentes de responsabilidad, en tanto que, al estar evidenciado alguno de ellos, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa (CSJ SL14420-2014 rad.42532).

Ha puntualizó, también la alta Corporación que la omisión del empleador en implementar el programa de salud ocupacional y de seguridad industrial en la empresa respectiva, no basta por sí solo para presumir la culpa del empleador en un accidente de trabajo, ni viceversa, esto es, que si el empleador tiene implementado en la empresa dicho programa con su

respectivo subprograma y adicionalmente haya conformado el Copaso, no excluye la culpa en que pudo haber incurrido respecto de un accidente ocurrido a un trabajador, pues advierte, que cada caso debe ser analizado en concreto por el juez correspondiente, a fin de establecerse la culpa patronal, (SL, 28 abr. 2009, rad. 33643, y CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 35261).

El *a quo* consideró que el accidente que tuvo el señor PEDRO MIGUEL LÓPEZ el 20 de enero de 2012, ocurrió por la culpa del empleador; teniendo en cuenta que puso al trabajador en una situación de riesgo, por cuanto e lugar donde ocurrió el infortunio era un sitio de posible desplazamiento y además que debía estar cerca de la retroexcavadora, asumiendo un riesgo y la protección no fue lo verdaderamente suficiente para evitar el accidente, frente a lo cual la parte accionada considera que el accidente ocurrió por culpa exclusiva del trabajador al no haber realizado su actividad de manera prudente.

A efectos de resolver la controversia, es necesario hacer colación a los interrogatorios de parte rendidos y a la prueba testimonial, por su parte el **representante legal de la empresa demandada** manifestó que no estuvo el día de los hechos por cuanto se encontraba en la ciudad de Bogotá, pero que le contaron que hacía las horas de la mañana la retroexcavadora hizo un giro y el demandante se encontraba cerca al tubo y hubo como una especie de aplastamiento entre el tubo y el giro de la oruga, adujo que la labor del demandante consistía en ayudante técnico, debiendo estar pendiente de todo lo que tiene que ver con acercamiento de materiales, por lo que no debía estar en el lugar donde ocurrió el accidente, que en las charlas de seguridad se ha indicado que debe existir distancia con las máquinas y más cuando los mismos están prendidos, desconociéndose las razones por las cuales se ubicó en ese punto, manifiesta también que existía un supervisor que estaba a cargo de un grupo, reiterando que la empresa cumplía con charlas de seguridad diarias que se les daba a todos los trabajadores de la empresa incluyendo el supervisor, por lo que no pudo haber sido el supervisor quien mandó al demandante al sitio en que ocurrió el accidente; indicando literalmente: *"créame que por lo menos 20 charlas de seguridad donde se le reiteraban los riesgos a los que se enfrentaba, todos riesgos, no solamente estoy hablando de los riesgos de las máquinas, esas charlas las recibían para actuar bajo su propia seguridad*".

En **interrogatorio de parte del demandante** éste manifestó que su cargo no era asistente técnico, sino que su cargo era esmerilador, ayudante de soldadura, que el hecho ocurrió a las 7:15 a.m. momento en que se encontraba colocándose la careta y alistándose para que el soldador empezará ejecutar su labor, siendo su deber estar pendiente de lo que él necesitará, que en ese momento se encontraba lloviendo y la retroexcavadora se resbaló y lo cogió con la tornamesa contra el tubo y lo atrapó, resalta que como ayudante técnico esmerilador ese era su sitio de trabajo.

De otro lado, los testigos **DELMAN ALBERTO MORALES** y **JOSÉ ANTONIO CEPEDA LÓPEZ** ambos quienes fueron compañeros de trabajo del actor y estuvieron presente el día de los hechos manifestaron, por su parte el señor DELMAN ALBERTO MORALES aduce que la función que realizaba el demandante era esmerilador, quien es la persona que saca el filo del tubo, el que quita la escoria del tubo cuando el soldador está soldando, narra que la noche anterior llovió durísimo y como era tiempo de verano estaba el polvo seco debajo de la máquina, cuando fueron a mover la máquina, ésta se resbaló y se fue encima del tubo, sostiene que el actor debía estar en el lugar donde ocurrió el accidente porque la retro tiene la tubería y los otros tienen que estar soldando, afirma que en efecto todos los días recibían charlas por parte de la empresa, pero asegura que al momento de empezar a trabajar la retro no estaba asegurada, que la forma de asegurarla es con una tornamesa a una distancia lejos con una guaya, porque el sitio donde ocurrió el accidente es un sitio peligroso, ya que es bien empinado, si bien estaba amarrada no estaba bien templada como debía estar, también señaló que en las charlas se indicaba que no debía acercase mucho a la maquinaría, pero en muchos casos debían meterse debajo de la maquina a hacer cualquier cosa, también mencionó que en el lugar del suceso habían más personas, pero que la maquina cogió fue al demandante.

El testigo **JOSÉ ANTONIO CEPEDA LÓPEZ** reitera que el cargo desempeñado por el actor fue el de esmerilador quien debe estar al pie del soldador con la pulidora desbastando la soldadura que queda en las pegas de donde se solda el tubo, que el actor se encontraba con el soldador recibiendo órdenes para empezar el trabajo en el momento en que sucedió el accidente, que cada día iba variando el destino de la tubería, entonces debía estar siguiendo las órdenes del soldador y él estaba esperando la orden,

porque no era sino pasar el tubo, colocarlo y empezaba el soldador a hacer su trabajo, que la noche anterior había llovido bastante y estaban en una línea donde el barro estaba pesado, por lo que fueron a mover la tubería y la maquina lo cogió, hizo el giro y se resbalo un poquito para atrás, siendo en ese momento en que ocurrió el accidente, también refiere que la maquina se encontraba cogida de una tornamesa a otra máquina arriba, pero que el deslizamiento se debió por cuestiones del terreno, refiere que la empresa sí les daba inducciones en las mañanas de 5 a 10 minutos en donde se hablaba de la línea de fuego, que la retroexcavadora tenía un giro de 90 grados, como precaución siempre debían parar el operador para pasar y nunca debía pasarse por debajo de un tubo cuando iba izado, asevera que el demandante se encontraba entre la retroexcavadora y el tubo, pero bien abajo.

De lo narrado, queda demostrado que, si bien el demandante fue contratado como ayudante técnico como lo establece el contrato obrante a folio 65, lo cierto es que su labor consistía en esmerilador labor que se ejercía en conjunto con el soldador, siendo este el motivo por el cual se encontraba cerca de la retroexcavadora al momento del accidente ya que dicha máquina estaba sacando la tubería que posteriormente se iba a soldar, debe resaltarse que los dos testigos fueron coherentes y consistentes en sus versiones, pues ambos coincidieron en asegurar que el demandante siempre prestaba su labor conjuntamente con el soldador, de manera que por lo general el lugar donde ocurrió el accidente era donde debía estar ubicado, por lo que no cabe duda que el demandante no se encontraba en dicho lugar por mérito propio, sino por instrucciones propias de su empleador.

Ahora, refiere la parte accionada que el accidente ocurrió por imprudencia del actor, lo cual no se encuentra plenamente demostrado, pues si bien no cabe duda que existieron capacitaciones continuas tal como lo afirmaron los testigos y como se prueba con la documental obrante a folios 439 a 531, los hechos ocurridos el día del accidente dejan ver es que el empleador actuó de manera negligente, pues téngase en cuenta que los dos deponentes aseguraron que el día anterior al suceso había llovido mucho, razón por la cual ese día había mucho barro o lodo lo que ocasionaba deslizamiento, que el lugar en donde se encontraba la retroexcavadora era muy empinado, por lo que si bien la retroexcavadora se encontraba asegurada, no era lo suficiente para el terreno en donde estaba ubicada, aspectos que debió

precaver el empleador, pues como bien lo manifiesta la demandada la labor ejercida por el actor era una labor de constante riesgo, por lo tanto, a sabiendas el clima y terreno en donde se encontraba la máquina que ocasiono el accidente, no fue precavido en asegurarse que todo funcionará correctamente antes de ejecutarse la actividad, siendo esto deber exclusivo del empleador y no del trabajador, pues este se encontraba preparándose en dicho momento para recibir las instrucciones del soldador.

Cabe destacar como bien lo menciona la jurisprudencia previamente señalada que si bien se realizaron charlas y se conformó el Copaso, ello no excluye la culpa en que pueda haber incurrido el empleador, si previamente se prueba que hubo omisión en su deber como evidentemente quedó demostrado en este caso, téngase en cuenta además, que los testigos también refirieron que el lugar del suceso habían más trabajadores pero que lastimosamente al resbalarse la maquina únicamente lastimó al actor, demostrándose con ello que la ubicación del demandante no lo fue por imprudencia, sino por instrucciones propias del empleador, pues no existe otra razón que explique por qué habían más trabajadores en dicho lugar, si según de la demandada no debían estar allí, pues era un lugar de alto riesgo, incluso el recurrente reconoce la asistencia de los otros trabajadores en dicho sitio.

Llama la atención también que en el acta de reunión del copaso que milita a folio 501 del expediente, entre los temas tratados fue el accidente que le ocurrió al señor PEDRO MIGUEL LÓPEZ estableciéndose en las observaciones de los representantes; textualmente "*Luis Gabriel Villalba informa que existe preocupación por la gravedad de los accidentes de trabajo que se han presentado en yamunta, específicamente el ocurrido el 20 de enero de 2012, dado por el atrapamiento de un obrero entre la retroexcavadora y el tubo ocasionando la fractura de 5 arcos costales, se decide en esta reunión tomar medidas por parte del departamento HSE, como política pitar antes de mover cualquier maquinaria*", con lo cual confirma que efectivamente era un sitio en donde permanecían los trabajadores, además de que podían existir medidas preventivas por parte del empleador para evitar la ocurrencia de estos accidentes.

Quedando entonces demostrada la culpa del empleador en el accidente que le ocurrió al demandante, el cual incluso pudo haber sido peor si la maquina no hubiere estado asegurada, pues había más trabajadores cerca del lugar, pero se insiste dicho aseguramiento no era lo suficientemente eficaz para las condiciones de clima y lugar de ubicación en la que se encontraba la máquina, aspecto que debió precaver diligentemente el empleador, pues si bien es deber del trabajador el autocuidado, también es obligación del empleador prevenir los siniestros, más aún cuando se trata de una actividad de riesgo, por tales motivos se **confirmará** la decisión de primera instancia, sin hacerse mención a las condenas impuestas por perjuicios, por cuanto los mismos no fueron objeto de recurso.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

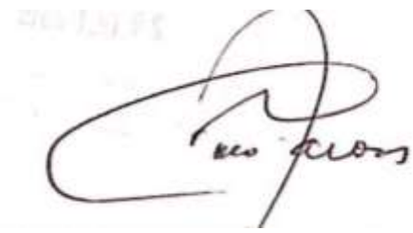
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de SOCAR INGENERÍA LTDA en la suma de $ 900.000.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANTONIO MARÍA RAIGOSO RUBIO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ANTONIO MARÍA RAIGOSO RUBIO,** se **declare** la nulidad del traslado del régimen pensional al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. por existir un vicio en el consentimiento, se **declare** que la demandada AFP PORVENIR incurrió en omisión al deber legal de informarle todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. a tramitar de manera inmediata el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. a tramitar de manera inmediata el traslado a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rentabilidad, sumas

adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl.14 y 15).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 8), señaló que nació el 5 de diciembre de 1956, que cotizó al ISS a partir del 3 de septiembre de 1990 hasta el 4 de abril de 1996, fecha en la cual contaba con 40 años de edad, que el 4 de abril de 1996, contaba con una total de 258,14 semanas cotizadas, que el 1° de agosto de 1996, se hizo efectivo el traslado a PORVENIR S.A., que previamente al traslado, la señora MARISOL GUERRA funcionaria de la AFP PORVENIR obtuvo através de la oficina de recursos humanos del empleador de la época, esto es, la empresa GEOCONTRUCCIONES toda su información, diligenciando ella directamente la totalidad del formato y limitando a dar una charla general en forma grupal a los trabajadores de la empresa, a fin de divulgar las bondades de afiliarse a la AFP PORVENIR, que la asesoría al momento del traslado fue muy breve y general; ya que duró aproximadamente 15 a 20 minutos omitiéndose dar mayor información sobre las características de dicha régimen, no se le efectuó ningún tipo de simulación o proyección de cuanto debía ascender el valor del bono pensional de acuerdo a las semanas aportadas al ISS y tampoco se le suministró datos de cifras comparativas del valor de la mesada pensional en el ISS versus POVENIR que le permitiera haber estudiado y analizado detalladamente cuál era la mejor decisión a tomar, que con posterioridad a la vinculación del RAIS efectuada el 9 de abril de 1996, se trasladó a la AFP COLPATRIA en 1° de diciembre de 1977, regresando nuevamente a PORVENIR S.A. el 27 de marzo de 2006, traslados en los cuales no se efectuó simulación o proyección comparativa de cuando podía ascender el valor de la mesada pensional, que ha cotizado a la fecha a PORVENIR S.A. de forma continua durante el periodo comprendido entre 1996 a junio de 2017, un total de 876 semanas, que solicitó ante COLPENSIONES en el año 2012, su traslado de régimen, COLPENSIONES mediante comunicación del 7 de marzo de 2013, le informó que conforme a lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, no era viable al traslado de régimen pensional y que éste solo era viable para personas que cumplieran los requisitos determinados en la sentencia SU 062 de 2010, que el 30 de mayo de 2017, solicitó a la demandada AFP PORVENIR el 30 de mayo de 2017,

cálculo de la pensión bajo la aplicación de los requisitos contenidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, en donde le informó que en su caso para el cumplimiento de los 60 años de edad obtendría una mesada de $1.444.900, $1.481.500 a los 61 años de edad, $1.580.000 a los 62 años de edad y $1.658.100 a los 63 años de edad, que de igual manera, en la petición del 30 de mayo de 2017, solicitó a POVENIR determinar el valor aproximado de la mesada pensional que recibiría al cumplir 1,300 semanas y del valor del IBL al haber continuado afiliado en COLPENSIONES, determinándose por parte de PORVENIR un IBL de $7.593.000 y una mesada pensional de $4.500.000 aproximadamente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 5, 13 a 15, los cuales tiene que ver con fecha de nacimiento, años en que estuvo afiliado al ISS y los aportes realizados en dicho fondo, fecha de traslado; y petición presentada ante dicha entidad en el año 2012, no ser ciertos los numerales 8.1 a 8.5, 8.7 y 9; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica (fls 60 a 72).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 4, 5, 6.2 y 17, los cuales tienen que ver con fecha de nacimiento del actor, fecha de traslado, edad anticipada de pensión y solicitud para proyección mesada pensional año 2017, no ser ciertos los numerales 6, 6.1, 6.3 al 14; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, innominada o genérica (fls. 85 a 93).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de agosto de 2019 (CD – fl.125), **declaró** la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. realizado el día 1° de marzo de 1996, **declaró** válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde el 3 de septiembre de 1990, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, **condenó** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas y se **abstuvo** de condenar en costas.

Fundamentó su decisión, la Juez cita las sentencias más recientes emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con del deber de información, doble asesoría y buen consejo respecto de las AFP, arguyendo que es determinante tratándose de traslado de regímenes pensionales que las entidades encargadas de la dirección y funcionamiento garanticen una información libre y voluntaria, que la información sea suficiente y transparente que ponga al afiliado a elegir entre las opciones que más se ajuste a sus intereses, describiendo las características, condiciones, accesos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, indicando la comparación entre las características objetivas de cada uno, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Analizando el caso bajo estudio, refirió la *a quo* que la AFP PORVENIR solamente hacía afirmaciones indefinidas de lo que es la validez de la información y sobre cuál fue el comportamiento de la asesora al momento de venderle la información al demandante, sin que aportará prueba consistente en las implicaciones del traslado del régimen pensional, el

ofrecimiento y las condiciones en que se trasladó el demandante, la simulación de proyección de la mesada, un cuadro comparativo de la pensión de vejez de un régimen y del otro.

Que, el único medio de convicción en que proporcionó la AFP fue el formulario de afiliación, el cual si bien el demandante firmó el mismo no es suficiente para que se dé por demostrado ese deber de información, que el demandante en interrogatorio de parte manifestó que lo que se le dijo era que el ISS se iba acabar y que se pensionaría anticipadamente, pero no se le informó sobre las desventajas del traslado de régimen, ni sobre las modalidades o requisitos para obtener la pensión de vejez, generándose una falta expectativa respecto de su pensión de vejez que sería de manera anticipada, sin que se le diera a conocer previamente que para beneficiarse de la misma debía realizar aportes voluntarios, bajo dichos fundamentos decidió declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación argumentando que la juez de primera instancia realiza un análisis respecto del deber de información que les asiste a las AFP desde su surgimiento compaginado con la línea jurisprudencial que viene emitiendo la Corte y concluye que para el presente caso al demandante no se le dio tal información por esa carga dinámica de la prueba que se tiene, sino que solamente se aportó el formulario de afiliación el cual no es un soporte suficiente para acreditar tal información.

Sostiene que si bien es importante tener en cuenta la jurisprudencia que ha trazado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre el tema, no puede desconocerse la prohibición legal contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que fue declarada exequible la Corte Constitucional en sentencia C 224 de 2004, la cual tuvo una intención propia que es velar por el interés general para no generar una descapitalización del régimen pensional, teniéndose de presente el principio de sostenibilidad financiera del RAIS, por consiguiente, la línea jurisprudencial en su parte fáctica no encaja que el caso del demandante, ya que se está dejando todo ese aspecto legal en que se encuentra inmerso.

Señala que si bien el demandante realizó un traslado de régimen, también se conoce que para para el año 1996 no era obligatorio para las AFP dejar escrita toda la información que se les daba a los afiliados como ocurre en el caso del demandante que firmó un formulario de afiliación que no fue techado de falso y el cual se encontraba avalado por la Superintendencia Financiera para la época, razón por la cual no iba a contener toda la información que se le brindó, pero ello no puede llegarse a concluir como lo consideró el despacho que existió esa falta de ese deber de información, más cuando ese deber de información no es el mismo para el año 1996, pues fue con posterioridad que se empezó a implementar este tipo de jurisprudencia y normatividad relacionada con el buen consejo, por lo que exigirle a la AFP una carga probatoria cuando al momento en que se realizó el acto jurídico no existía se está en una desproporcionalidad, ya que conforme a los estamentos legales de la época PORVENIR cumplió con cada uno de ellos.

Añade, que frente al análisis realizado por la Juez se omitió cuando el demandante en su interrogatorio manifestó su intención de regresar al ISS en el año 2012, situación que no se tuvo de presente en relación a la excepciones de prescripción que se propuso en la contestación de la demanda y sobre el cual el mismo Tribunal en varias sentencias ha indicado que tal prescripción sí opera cuando se está en presencia de inconformidad en cuanto prestaciones económicas, entendiéndose en el presente asunto una inconformidad por parte del demandante en el RAIS, en relación a su mesada pensional que quiere justificarse con una falta de información, también se omite que no es una sola asesoría de carácter general que recibe el demandante, sino que posteriormente como lo manifestó el testigo los asesores estaban pasando anualmente por los puestos de trabajo a suministrar información, por lo tanto, el acceso a la información era diferente en este caso a otros, cumpliendo la AFP con su obligación, de manera que, exigirle a la AFP que al momento del traslado hiciera una proyección pensional, un cuadro comparativo de cuanto sería el monto entre uno y otro régimen son obligaciones que surgieron con posterioridad con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Finalmente, manifiesta que debe absolverse frente a la devolución de gastos de administración, más aun cuando la consecuencia de la ineficacia es

considerar que el acto jurídico no existió por falta de información, por lo que hacer la devolución de rendimiento financieros conlleva a un enriquecimiento sin justa causa del demandante, teniendo en cuenta que esos rendimientos se generaron por estar vinculado al RAIS y al hacerse beneficiario de esos rendimiento financiero la AFP hace un cobro de gastos de administración que son legalmente establecidos por la Ley 100 de 1993, por lo que al no existir un fundamento legal se considera injustificada la condena.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación, indicando que conforme al ordenamiento jurídico se negó en su oportunidad una solicitud presentada por el demandante referente a la nulidad de traslado de régimen, decisión que se basó conforme a lo dispuesto en el artículo 2°de la Ley 797 de 2003, partiéndose de la buena fe del demandante, quien sí ya conocía cada uno de los requisitos del régimen pensional debió hacer las solicitudes en su momento oportuno. Solicita que no se haga ningún tipo de descuento por términos de seguros invalidez y muerte en los que eventualmente pudo llegar a efectuar POVENIR.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar

la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor ANTONIO MARÍA RAIGOSO RUBIO el 1° de marzo de 1996 (fl. 94 a 95), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. donde se encuentra vinculado actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 3 de septiembre de 1990 a febrero de 1996, como se puede ver de la historia laboral de COLPENSIONES obrante a folio 73 del expediente.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 94 a 95 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP PORVENIR S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder

a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, pues si bien la parte accionada alega que existió asesoría permanente en el presente asunto, lo cierto es que el deber de información debe ser en primera medida al momento de ejecutarse el traslado, pues es allí en donde realmente surge la escogencia del régimen, el cual debe mantenerse durante su vinculación a ésta, aspectos que no resultan claros en el caso analizado, ya que si hubiese sido así no existirían dudas respecto de las características de ambos regímenes y el retornó del mismo hubiere surgido oportunamente al encontrarse insatisfecho con lo brindando por el RAIS, de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr*

la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Por último, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021).

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media

con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Expresando en uno de sus últimos pronunciamientos, textualmente lo siguiente (SL 1467 de 2021):

"En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1217-2021, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, ***o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás****» (CSJ SC3201-2018).*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil, y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima

media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020)".

De ahí que no les asista razón a PORVENIR S.A. en lo dicho en su recurso, por cuanto la consecuencia jurídica al declarase la ineficacia del traslado conlleva a "*declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás",* lo que lleva consigo la devolución de trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal tercero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a*

quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

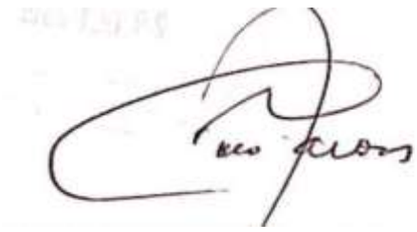
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

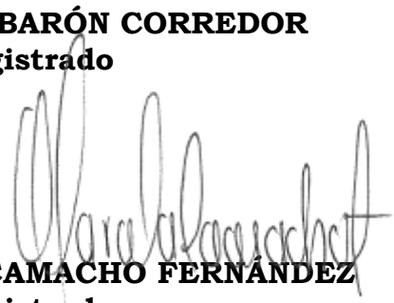
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

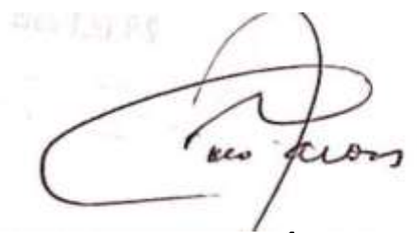


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de $ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM HERNÁN TORRES BARAJAS contra ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **WILLIAM HERNÁN TORRES BARAJAS** se **declare** que en el cargo de chef no puede existir diferencia salarial entre los trabajadores al servicio de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., se **declare** que entre los trabajadores de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. en el cargo de chef hay diferencia salarial, se **declare** que el salario básico mensual de chef que recibe el actor es de $1.241.600, se **declare** que salario básico mensual de JORGE ALBERTO LÓPEZ SUAZO chef es de $1.507.100, se **declare** que tiene derecho a la nivelación salarial, a trabajo igual salario igual. Como consecuencia, se **condene** a la demandada a reconocerle y pagarle la diferencia del salario mensual por cuanto los dos trabajadores cumplen la misma función y el mismo cargo, se **condene** a la demandada a reconocer y pagar al actor los valores causados y dejados de percibir durante los 3 últimos años de la relación laboral, se **condene** a la demandada a reliquidar y pagar a favor del actor las diferencias salariales conforme a los desprendibles mensuales de pagos y las certificaciones salariales que se

anexan, se **condene** a la demandada a reliquidar y pagar las vacaciones sobre el salario real devengado, incluyendo el básico mensual más las comisiones durante los 3 últimos años, se **condene** y reliquidar las primas de servicios sobre la base del salario real devengado incluyendo el básico mensual más las comisiones de los 3 últimos años, se **condene** a reliquidar y pagar al actor las cesantías sobre el salario base real devengado, se **condene** a la demandada a reliquidar los intereses a las cesantías, se **condene** a la demandada a reliquidar y pagar al fondo de pensiones las diferencias salariales sobre el salario real devengado incluyendo el básico mensual, más las comisiones durante los 3 últimos años, se **condene** a la demandada a pagar intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 46 a 47).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.47 a 49) se señalaron en síntesis que el día 19 de octubre de 2009, firmó un contrato a término indefinido con la demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. para desempeñarse como chef en la ciudad de Bogotá devengando un salario mensual en la suma de $1.241.600 más horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales laborados habitualmente, recibiendo un salario promedio de $2.794.145, que el chef JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO cumple las mismas funciones, órdenes y horarios que el actor, el salario mensual del señor JORGE ALBERTO LÓPEZ está conformado por salario básico de $1.507.100 más horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales laborados habitualmente, para un promedio mensual de $3.474.284, existiendo una diferencia salarial entre los dos de $680.139, por lo tanto, la demandada adeuda la reliquidación de sus prestaciones teniendo en cuenta las diferencias entre los dos salarios, tanto legales como convencionales. Por último, indica que el contrato celebrado entre partes aún se mantiene vigente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 6, 8 y 19, los cuales tiene relación con fecha de inicio de la relación laboral, cargo desempeñado por el actor, salario básico mensual, el salario básico mensual percibido por el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ, el

valor de la diferencia salarial entre el demandante y el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ y que el contrato entre las partes aún se mantiene vigente. En cuanto a los demás señaló no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, compensación y buena fe (fls. 123 a 142).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de mayo de 2019, **absolvió** a la demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas, **declaró** probada la excepción propuesta de cobro de lo no debido y **condenó** en costas al demandante en la suma de $300.000 (CD fl. 320).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que en el presente caso el demandante pretendía comparar las funciones o el cargo ejercido por el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ, que según la prueba documental se podía observar que el señor LÓPEZ tuvo un vínculo laboral con la sociedad ALPINA desde el 16 de agosto de 2001, desempeñándose en el cargo de chef, vínculo que finalizó en el 2007. Sin embargo, el 4 de febrero de 2008, suscribió un nuevo contrato, en este caso de confianza y manejo con ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS para ejecutar el cargo de chef, para el cual se acordó un salario equivalente a $844.900, que dentro del plan de desarrollo del año 2011, hubo un plan chef presentado por ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS dónde se evidencia que se estableció la existencia de dos niveles en lo relativo al cargo de chef, categorizados en equipos de acuerdo a unos requisitos específicos, en ese sentido se determinó en primera medida un nivel de desarrollo A, para el cual exige ser técnico en culinaria y a fines y una experiencia mínima de 3 años externa en el cargo y un nivel de desarrollo B, al que pertenece quienes ostenten un estudio técnico en culinaria, cursos especializados en temas afines, en inglés básico para desarrollar una sólida contribución o superior en 5 años consecutivos, una experiencia mínima de 5 años interna y 3 años externa en el cargo, así como el desarrollo de otras habilidades, como ser conferencista.

El *a quo* hace una comparación y análisis a la hoja de vida del señor JORGE ALBERTO LÓPEZ con la del demandante, indicando que existían varias

diferencia respecto de experiencia y estudios entre los dos, hace mención a la prueba testimonial en especial a lo dicho por testigo NELSON GARCÍA, advirtiendo contradicciones entre sus respuestas con las dadas por el actor, así mismo observaba apasionamiento por su declaración frente a hechos que incluso no indico porque le constaban a ciencia cierta, por lo que se le había preguntado si había interpuesto alguna demanda en contra de la demandada y éste había respondido que sí, considerando el sentenciador que existía un interés indudable en la resultas del proceso.

Advirtiendo el Juez que no encontró otros documentos que permitieran verificar algún grado de coincidencia entre la experiencia y las condiciones académicas que tiene el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ con el demandante, arguyendo que en este caso el cargo que ostenta el demandante, como de quién indica existe una diferencia salarial, recibe igual denominación, pero ello no conlleva automáticamente a concluir que tenga derecho a la nivelación salarial, dado que en primer lugar, hubo una categorización en niveles de Chef A y Chef B con experiencia y con estudios diferentes, si bien fue con posterioridad a la fecha de inicio de la relación laboral, ello lo que justamente revela es esas condiciones desiguales, correspondieron a condiciones académicas y de experiencia entre el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ y el demandante, justamente por los más de 20 años de experiencia que tiene en el cargo de chef señor LÓPEZ, lo cual supera el tiempo y condiciones requeridas con respecto a las desempeñadas por el demandante, de las cuales se observaba únicamente aproximadamente 3 años, por lo tanto, la demandada logró acreditar que las razones diferenciales en salario obedecían a una razón objetiva relacionadas con la experiencia y las condiciones académicas, por tales argumentos sostuvo que no había lugar a ordenar la asignación salarial solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que no se hizo un análisis a los folios 12 a 44 que corresponde a los desprendibles de pago de los 2 trabajadores, por lo que, solicita que sea el superior quien haga la valoración probatoria en procura de que no se vulnere el derecho a la igualdad como lo consagra el artículo 13 de la Constitución Política, ya que al valorar una sola hoja de vida

conlleva a un desequilibrio en esa sola valoración. Reitera que se está reclamando una nivelación salarial por cuanto las funciones que cumple el señor LÓPEZ SUAREZ como las del señor WILLIAM TORRES son las mismas, es el mismo horario, los mismos sitios de trabajo, todo se cumplió en las mismas condiciones, ambos cumplieron con las metas que la empresa les exigía y no considera que hayan metas diferentes para chef, por lo que si el cargo es chef según lo que reza el contrato de trabajo y el reglamento interno de la empresa es la misma situación, aduce que la empresa ha dicho una cantidad de contradicciones por lo que debe analizarse muy profundo tanto el interrogatorio del representante legal como la contestación de la demanda, ya que existe mucha contradicción y mentiras en ese sentido buscando engañar al juez para poder beneficiarse directamente la empresa.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la experiencia laboral y en el cargo, así como la preparación académica resultan relevantes para diferenciar el salario de quienes desempeñan el cargo de chef dentro de la sociedad demandada. Así mismo, se estudiará si en efecto existe desigualdad salarial y, por consiguiente, si deben prosperar las pretensiones de la demanda.

Contrato laboral

No es materia de controversia la relación laboral que existe entre el demandante con la sociedad demandada, pues la misma fue aceptada en la contestación de la demanda, además de corroborarse con la documental que obra a folio 11, correspondiente al certificado laboral; donde consta que el señor WILLIAM HERNÁN TORRES BARAJAS labora para la demandada desde el 19 de marzo de 2009 a través de un contrato a término indefinido en el cargo de Cheff, devengando un salario mensual de $1.241.600, igualmente a folios 190 a 192 obra copia del contrato laboral suscrito entre las partes.

Nivelación salarial

Para el *a quo*, aspectos como la experiencia en la labor desempeñada y capacitación académica entre el señor WILLIAM HERNÁN TORRES con el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO, los cuales fueron comparados con la hoja de vida de éste último, así como las categorías establecidas por la demandada para identificar dichas características; justifican que se dé la diferenciación de salarios, lo que para la parte actora no es acertado, puesto que en su sentir el estudio para la diferenciación de los salarios se debió realizar con la prueba documental obrante a folios 12 a 44 que corresponde a los desprendibles de pago de los dos trabajadores.

Para resolver la controversia planteada, ha establecido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que para exigirse la igualdad retributiva es necesario que se demuestre que haya similar efectividad, o en términos de la codificación sustancial laboral similar eficiencia y bajo tal concepto ha aludido, entre otras nociones a la antigüedad o a la experiencia. En sentencia CSJ SL, 17 oct. 2008, rad 30474, que fue reiterada en la sentencia SL 2215 del 8 de julio de 2020, precisó:

> *"Con todo, no está de más precisar que, como lo pone de presente la réplica, esta Sala de la Corte, entre muchas otras en la sentencia que por ella se reseña, ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.*
>
> *A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, aunque en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó lo que a continuación se transcribe:*
>
> *"Sobre el particular, cumple advertir que es cierto, como lo afirma la censura, que la igualdad salarial por trabajo de igual valor es un principio del derecho del trabajo universalmente reconocido que se halla consagrado en convenios internacionales de trabajo. En el sistema jurídico colombiano se acoge bajo el aforismo "a trabajo igual, salario igual" y cuenta con pleno respaldo constitucional en el artículo 13 de la Carta Política que consagra el derecho a la igualdad, del que son compendio fiel el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 5º de la Ley 6ª de 1945. Ha explicado esta Sala de la Corte que ese principio proscribe el trato diferente en materia salarial y con él "se reconoce una relación de equivalencia de valores prestacionales conmutativos en cuanto a la fuerza de trabajo que suministra el trabajador al patrono y que este debe retribuir como contraprestación,*

sobre un plano de igualdad jurídica y material…" (Sentencia del 7 de febrero de 1996. Radicado 7807).

"Pero también de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha precisado que la cabal utilización del principio no significa una equiparación automática en materia salarial para todos los trabajadores, pues no consiste en imponer por ministerio de la ley una indistinta asimilación salarial, de suerte que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.

"Y esos elementos que justifican el trato diferente no han quedado totalmente al arbitrio del empleador, pues la ley se ha encargado de establecer en cuáles casos debe existir igualdad en la remuneración y los factores laborales que dan derecho a esa igualdad.

(..)

"En un caso similar al que aquí se analiza, se pronunció esta Corte en sentencia del 24 de mayo de 2005, radicación 23148, de la siguiente manera:

"Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad." (Subraya la Sala).

De igual manera, la alta Corporación ha establecido que si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador, dado que está en mejores condiciones para producir la prueba, justificar la razonabilidad de dicho trato. Resumiendo, que la carga de la prueba del trato diferenciado en materia laboral es del trabajador y corresponde a la pasiva la obligación de acreditar las razones objetivas de dicho trato (SL 17462 de 2014, reiterada en sentencia SL 3094 de 2021).

En el caso de marras, el trabajador aportó como indicios de diferenciación entre los dos trabajadores los certificados laborales expedidos por la sociedad demandada en donde consta que tanto el demandante como el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO ostenta el mismo cargo de chef, pero con un diferencia salarial, también se allegó los correspondientes desprendibles de pago que corroboran la diferencia de salario y se llamó como **testigo al señor NELSON GARCÍA CASTRO** quien manifestó que también labora para la compañía en el mismo cargo del demandante, asegurando que en el momento en que ingresaron como experiencia únicamente se exigía ser bachiller y conocimientos básicos en cocina, que estando vinculados en la compañía recibieron más capacitaciones, que todos los chefs cumplían el mismo horario, laboraban en los mismos puntos como Éxito, Carulla; entre otros, afirmó que dentro de la compañía sí se implementaron unas categoría de chef en el año 2011, denominadas chef A y B, siendo el B el de mayoría categoría, sin dar mayores especificaciones en que consistían las diferencias entre los dos, refirió también que el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO tiene conocimientos en idioma inglés porque estuvo viviendo en Inglaterra, pero que el idioma no fue un requisito de ingreso al cargo y tampoco fue exigido con posterioridad, asegura que el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO contaba con la misma experiencia que ellos al momento de ingresar al cargo.

Por otra parte, en **interrogatorio de parte del representante legal de la compañía demanda**, manifestó que dentro de la empresa se implementó un programa denominada plan chef que contaba con unos requisitos para ser promovido a una categoría superior que era el chef B, uno de los requisitos para ser promovido a dicha categoría era que tuviera conocimiento afianzados en otro idioma, específicamente en inglés, que en los contratos de trabajo no se encuentra dicho esquema salarial, porque fue un plan que entró en vigencia con posterioridad a la entrada de cada uno de los trabajadores, luego la empresa ceso la continuidad del plan chef, pero aquellas personas que habían sido promovidas a chef B continuaron en un nivel de liderazgo y promoción propia de la naturaleza de su cargo, manteniéndose el reconocimiento salarial para no desmejorar su condiciones, sostuvo que el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO al momento de ingresar a la compañía tenía una experiencia superior a 10 años, por lo que ningún chef A tenía en su momento las mismas capacidades y habilidades que el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO.

Como prueba de lo manifestado por el representante legal la empresa demandada aportó al expediente el plan de desarrollo equipo cheff Alpina en donde se específica como requisitos en el nivel A: técnico en culinaria o afines y experiencia mínima de 3 años en el cargo, como requisitos en el nivel B se requería: técnico en culinaria, cursos especializados en temas afines e inglés básico por desarrollar, preferiblemente carrera profesional administrativas o afines, experiencia mínima interna de 5 años y 3 años externa en el cargo, desarrollo en otras habilidades (conferencista) y cabeza responsable en actividades (fls. 177 a 178).

Se aportó también la hoja de vida del señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO en donde consta como profesión técnico Hotelero- Especialidad Cocina, 1991-inglés básico-Londres – Inglaterra, 1995-1997 Sena- Escuela Nacional de Hotelería y Turismo, 1995 industrialización de alimentos, -Productos Nestle, seminario de enología- Seagran de Colombia S.A. 1999, Diplomado de quesos en técnicas gastronómicas – Instituto Superior Mariano Moreno 2005. También se relaciona como experiencia laboral desde 1991 a 2006, en diferentes restaurantes de la ciudad de Bogotá, así como de Londres – Inglaterra (fls.282 a 285), se encuentra también contrato laboral suscrito con ALPINA S.A. de fecha 16 de agosto de 2001, en el cargo de chef y renuncia al cargo a partir del 31 de enero de 2007 (fls.292 a 296), también se aportó el nuevo contrato suscrito con la demandada a partir del 4 de febrero de 2008, bajo un contrato denominada confianza y manejo (fls. 253 a 257).

A folios 298 a 300 obra un documento con membrete de la compañía y diligenciado por el actor, denominado inventario, en donde consta los datos personales del demandante y experiencia académica y laboral, señalándose en la categoría bachiller, labores realizadas en la empresa SERVIMOS del 3 de marzo de 2008 al 3 de marzo de 2009, CARREFOUR del 7 de julio de 2005 al 2 de marzo de 2008, ACTIVOS del 5 de julio de 2003 al 3 de diciembre de 2004, en la casilla de idioma señala inglés, lectura, regular.

De acuerdo a lo relacionado, no observa la Sala que el Juez haya dejado de valorar en su integridad el acervo probatorio, pues de la misma se desprende que las condiciones de diferencia salarial entre los dos trabajadores se debe a la experiencia en el cargo como la experiencia académica, que sin lugar a dudas resultan distintas, si bien para el momento del ingreso de los

trabajadores no se requería una larga trayectoria laboral, ni tampoco conocimiento en el idioma inglés, lo cierto es que con posterioridad la empresa implementó unas categorías que diferenciaron tales aspectos, retribuyendo salarialmente a quien cumpliera mayor experiencia, titulación académicas y manejo en el idioma inglés condiciones que reunió el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO a diferencia del demandante, lo cual se encuentra plenamente justificado con la pruebas allegada por la accionada, sin que existan contradicciones entre la demandada y lo manifestado por el representante legal en su interrogatorio de parte como lo aduce el apelante, quedando entonces demostrado que no hubo trasgresión al principio de a trabajo igual, salario igual.

En lo que atañe a los desprendibles de pago, si bien el operador judicial no se refirió a ellos de forma específica, lo cierto es que al considerar que la diferencia salarial se debía a la experiencia laboral y académica de los dos trabajadores, lo cual corroboró con la hoja de vida allegada por la demandada, que valga la pena advertir no fue tachada de falsa, ni desconocida, tuvo en consideración la totalidad del acervo probatorio, lo que conlleva a la esta Sala de decisión a establecer que la conclusión del fallador se encuentra acertada, pues con ello, quedó plenamente justificadas las razones por las cuales hoy en día el señor JORGE ALBERTO LÓPEZ SAUZO percibe una salario superior al del actor, siendo permitido por la jurisprudencia que la antigüedad y experiencia de los trabajadores, permitan una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad tal como lo expone la sentencia anteriormente señalada. Así las cosas, y sin más consideraciones habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

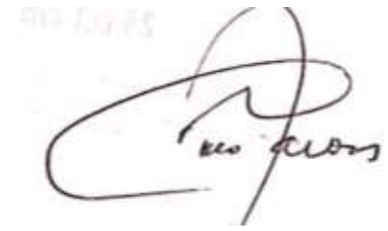
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora.

Notifíquese y cúmplase

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

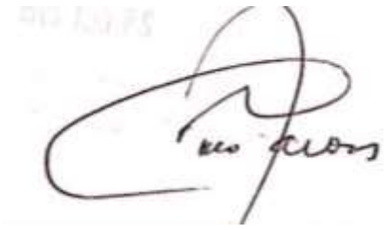


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte demandante en la suma de $300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUILLERMO ENRIQUE HOYOS DELGADO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA
ANTECEDENTES

Pretende el señor **GUILLERMO ENRIQUE HOYOS DELGADO** se **declare** que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se **condene** al pago del retroactivo desde el primer día que se radicó la documentación pertinente para el reconocimiento de la pensión (fl.26).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.29), señaló que COLPENSIONES emitió resolución GNR 234617 del 10 de agosto de 2016, negándole el reconocimiento a su pensión de vejez, por lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, demostrando que tiene derecho a la pensión de vejez, porque al expedirse la Ley 100 de 1993, tenía 37 años de edad, más de 1,000 semanas cotizadas y más de 15 años continuos de trabajo, que COLPENSIONES resolvió los recursos interpuestos confirmando la negativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 32 a 41), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos y propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de agosto de 2019 (CD – fl. 70), **declaró** que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 3 de mayo de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle al actor la suma de $3.187.005 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 3 de mayo al 30 de junio de 2018, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor correspondiente a los aportes a salud y **condenó** en costas a COLPENSIONES en la suma de $200.000.

Como fundamentó su decisión, indicó que el demandante perseguía la pensión de vejez a partir del año 2016, al considerar que es beneficiario del régimen de transición y que para dicha calenda contaba con los requisitos establecidos en el Acuerdo 758 de 1990, frente a lo cual, la parte demandada sostiene que el actor no se encuentra favorecido por el régimen de transición, en tanto, para el 1° de abril de 1994, contaba con 37 años de edad y 14 años; y 9 meses de servicios, es decir, no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Descendiendo a los documentos que soportaban el expediente, encuentra la Juez que el demandante nació el 2 de mayo de 1956, por lo que, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, si bien no contaba con la edad

mínima, esto es, los 40 años que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que sí acredita los 15 años de servicio, por cuanto para esa fecha contaba con 779,87 semanas válidamente cotizadas para las contingencias de invalidez, vejez y muerte, concluyendo que el señor GUILLERMO ENRIQUE HOYOS es beneficiario del régimen de transición. Así mismo, acredita las 750 semanas exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que cuenta con 1,272 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de dicho Acto. Sin embargo, establece que el actor perdió dicho beneficio ya que el régimen de transición solo se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014 y para dicha data no contaba con los 60 años de edad requeridos.

Razón por el cual, alude que la normatividad con la cual debía estudiarse el reconocimiento pensional en el caso del actor, lo es con la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, tal y como lo analizó COLPENSIONES en resolución SUB 181527 del 9 de julio de 2018, en donde ordenó el reconocimiento pensional en cuantía inicial de $1.648.441, a partir del 1° de julio de 2018, decisión sobre la cual el actor discute la fecha de reconocimiento, teniendo en cuenta que COLPENSIONES reconoce la prestación a partir de dicha data por no aportarse novedad de retiro, pese a que cumplió la edad requerida el 2 de mayo de 2018; y la última cotización la efectuó el 31 de agosto de 2009.

Considerando la sentenciadora de primer grado que el demandante cumplió los 62 años de edad el 2 de mayo de 2018, momento para el cual ya reunía las semanas requeridas esto es 1,500 semanas, si bien no contaba con el reporte de retiro del sistema pensional, desde el año 2009 había dejado de realizar cotizaciones, por lo que, al señor GUILLERMO ENRIQUE HOYOS le asiste el derecho al retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 3 de mayo de 2018 al 30 de junio de la misma anualidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación manifestando que el demandante no generó la novedad de retiro, motivo por el cual se reconoce la pensión a partir del 1° de julio de 2018, en tal sentido, solicita se revoque

la sentencia y, en consecuencia, sea absuelta de las todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con los recursos de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reconozca la pensión de vejez a partir del 3 de mayo de 2018, en tanto, si debe reconocerse el retroactivo de las mesadas a partir de dicha data, caso afirmativo si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GUILLERMO ENRIQUE HOYOS DELGADO, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución SUB 181527 del 9 de julio de 2018, en la cual se le reconoció la prestación a partir del 1° de julio de 2018, en cuantía de $1.648.451, al reunir los requisitos de la Ley 797 de 2003 (fls. 63 a 68).

Retroactivo pensional

Para resolver la controversia, lo primero que debe tenerse en cuenta es que la parte actora no discute la normatividad con la cual le fue estudiado el reconocimiento pensional y que se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que establece como requisitos para acceder al derecho pensional; 62 años de edad en el caso de los hombre y 1,300 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Aclarado lo anterior, solicita la parte actora le sea reconocida la pensión desde el primer día en que se radicó la documentación pertinente para su reconocimiento, revisado el expediente administrativo (CD fl. 31), se tiene que el señor GUILLERMO HOYOS solicitó por primera vez el reconocimiento pensional el 3 de mayo de 2016, solicitud que fue negada por la entidad mediante resoluciones GNR 234617 del 10 de agosto de 2016, GNR 331714

del 9 de noviembre de 2016 y VBP 45537 del 23 de diciembre de 2016, a folio 8 se encuentra copia de la cédula de ciudadanía del actor en donde consta que nació el 2 de mayo de 1956, por ende, los 62 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2018, de manera que, si bien para el momento en que solicitó por primera vez el reconocimiento pensional ya contaba con las 1,300 semanas requeridas, pues acreditaba un total de 1,501.86 semanas cotizadas, no contaba con los 62 años de edad.

No obstante, el actor nuevamente solicitó el reconocimiento pensional el 2 de mayo de 2018, solicitud que salió avante mediante resolución SUB 181527 del 9 de julio de 2018, en donde se le reconoció la prestación a partir del 1° de julio de 2018, arguyendo COLPENSIONES que la última cotización del afiliado fue el 31 de agosto de 2009, como trabajador para FABRICA NACIONAL DE MUÑECOS S.A., sin que obre novedad de retiro.

Sobre tal situación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el **cese de las cotizaciones** (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, **porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez** (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Así las cosas, se tiene que en el presente asunto se da una de las excepciones jurisprudenciales para que la prestación sea reconocida con anterioridad a la fecha estipulada por COLPENSIONES a pesar no contarse con novedad de retiro, como lo es el haber dejado de cotizar al sistema pensional y solicitar su reconocimiento a la pensión de vejez, ya que como consta de su historia laboral su última cotización en efecto lo fue el 31 de agosto de 2009 y solicitó la pensión el 2 de mayo de 2018, fecha para la cual cumplía los 62

años de edad, de suerte que, le asiste razón al *a quo* en cuanto a que el reconocimiento de la prestación debe ser a partir el 3 de mayo de 2018 y no a partir del 1° de julio de 2018, como lo hizo demandada.

Por lo tanto, debe reconocerse las mesadas causadas y no pagadas al actor entre el 3 de mayo al 30 de junio de 2018, teniendo en cuenta la mesada reconocida por COLPENSIONES mediante resolución SUB 181527 del 9 de julio de 2018, que lo fue en cuantía de $1.648.451, toda vez que no existe discusión en relación a la mesada pensional otorgada, lo cual en efecto genera el valor del retroactivo señalado en primera instancia de $3.187.005.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción la misma no tiene vocación de prosperidad, teniendo en cuenta que el derecho se hizo exigible el 2 de mayo de 2018, momento para el cual reclamó su derecho pensional ante la demandada, solicitud que se resolvió en acto administrativo SUB 181527 del 9 de julio de 2018 y la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2018 (fl.20), sin que de una fecha a otra superara los 3 años que establece el artículo 151 del CPTSS.

En esas condiciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que su recurso de alzada prosperó.

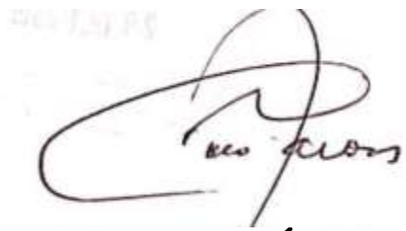
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

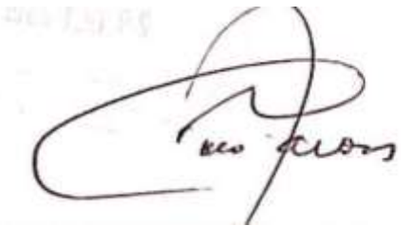


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DARIO DE AMPARO VILLAR PACHÓN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **AMPARO VILLAR PACHÓN,** se **declare** que solicitó el traslado de régimen a COLPENSIONES el 18 de octubre de 2017, fecha anterior al cumplimiento de los 47 años de edad, se **declare** que COLPENSIONES no suministró la asesoría prevista en la Ley antes de que el demandante cumpliera los 47 años de edad, se **ordene** a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. autorizar su traslado al régimen de ahorro individual al régimen de prima media, por acreditar los requisitos previstos en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Como consecuencia, se **ordene** trasladar por parte de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES los aportes realizados en el régimen de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR a cancelar las costas procesales incluidas las agencias en derecho, se **condene** ultra y extra petita (fl.2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 v/to a 3), señaló que nació el 22de octubre de 1970, que el día 23 de agosto de 2017, a la edad de 47 años realizó ante la AFP PORVENIR la asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, para solicitar se autorizará su traslado del RAIS al régimen de prima media, que el 18 de octubre de 2017, radicó ante COLPENSIONES el formulario de afiliación solicitando el traslado del RAIS al régimen de prima media por encontrarse dentro de los términos previstos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que el 25 de octubre de 2017, COLPENSIONES remitió comunicación en la que le indicaba que no era procedente dar trámite a la solicitud por encontrarse pendiente una de las asesorías de los regímenes especiales, también le informó se debía solicitar la asesoría faltante, que en cumplimiento de lo anterior, el 17 de noviembre de 2017, solicitó a COLPENSIONES realizar la asesoría prevista en la Ley para realizar el traslado, que COLPENSIONES remitió comunicación BZ2017_12167456-3064110 del 17 de noviembre de 2017, en donde informa que la petición ha sido recibida en forma satisfactoria y que la misma sería trasladada al área competente quien sería la encargada de realizar las observaciones y notificaciones respecto del proceso, que COLPENSIONES se limita a entregar copia de la comunicación del 18 de octubre de 2017, pero omite realizar un pronunciamiento de fondo sobre la realización de la asesoría faltante, que el 13 de febrero de 2018, radicó una comunicación ante COLPENSIONES solicitando se realizará la asesoría señalada y se autorizará el traslado, el 13 de febrero de 2018, COLPENSIONES manifiesta que el reclamo ha sido radicado y trasladado al área competente, que el 13 de febrero de 2018, radicó una queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia solicitando requerir a COLPENSIONES para que realizará a asesoría prevista en la Ley, que COLPENSIONES da respuesta el 28 de febrero de 2018, negando brindar la asesoría, que el 18 de octubre de 2017, nuevamente solicita su intención de trasladarse de régimen pensional, que el 25 de octubre de 2017, recibió comunicación en la cual era requerido para solicitará la asesoría, trámite que en efecto realizó, sin obtener una respuesta favorable por parte de la entidad demandada, que el 15 de mayo de 2018, interpuso acción de tutela en contra de COLPENSIONES, la cual se conoció por parte del Juzgado 61 Administrativo de Bogotá quien en sentencia del 29 de mayo de 2018, la declaró improcedente, decisión que

fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera – Sub Sección B, a través de sentencia del 27 de julio de 2018.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló ser ciertos los numerales 1, 3 a 9, 11, 12, 13, 15, 18 a 23 y 25, no ser ciertos los numerales 10, 14, 17 y 24; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 54 a 59).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló ser cierto el numeral 1 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls 72 a 78).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de octubre de 2019 (CD – fl.114), **condenó** a PORVENIR S.A. a realizar los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES la totalidad del ahorro efectuado al RAIS, **condenó** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a las demandadas en la suma de $500.000 a cargo de cada una.

Fundamentó su decisión, haciendo alusión a lo dispuesto en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley

797 del año 2003, también hace referencia a lo señalado en la Ley 1748 del año 2014, la cual, en su parágrafo 1° del artículo 2° adicionó un inciso al artículo 9° de la Ley 1328 del año 2009, en el sentido, de que las Administradoras del fondo de pensiones deben garantizar que las personas que quieran trasladarse entre regímenes pensionales recibir asesorías por parte de representantes de cada uno de ellos, como condición previa para que proceda el traslado, que la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la circular externa 16 del año 2016, estableció las instrucciones frente al nivel de asesoría para que proceda el traslado de usuarios entre regímenes pensionales.

Establece la *a quo*, que en el presente caso la razón por la cual COLPENSIONES negó la solicitud de afiliación de la demandante radica en que ésta no recibió la segunda asesoría prevista en la normatividad para poder proceder al traslado de régimen pensional. Procediendo la juez a determinar si dicha circunstancia constituye una causal que imposibilite el traslado de la demandante del RAIS al régimen de prima media, observando que el día 22 de agosto del año 2017, la demandante recibió asesoría pensional por parte de la AFP PORVENIR SA. Posteriormente, COLPENSIONES realizó gestión telefónica durante los 20 días hábiles previstos en el artículo 3.13.1.2.4 Circular 16 del año 2016, para brindar la asesoría correspondiente, esto es, entre el 25 de agosto del año 2017 y el 19 de septiembre del mismo año; sin que la misma se hubiere realizado dado que, en comunicación telefónica del 19 de septiembre del año 2017, la señora VILLAR PACHÓN, indicó que prefería realizar el trámite en un punto de atención, por lo que se le indicó que podría acercarse a cualquiera de ellos o volver a comunicarse con la línea de atención. Sin embargo, después de dicha data no se encuentra que la actora hubiese realizado los trámites pertinentes para tal fin.

En atención de lo anterior, expone la *a quo* que el artículo 3.13 de la Circular 16 del año 2016, señala que el deber de asesoría por parte de los representantes de ambos regímenes pensionales, es una condición previa para que proceda el traslado de un régimen al otro. No obstante, su ausencia no impide que el mismo pueda efectuarse, como quiera que, en primer lugar; dicha circunstancia no se encuentra enmarcada taxativamente en las

causales de rechazo de traslado que se encuentran previstas en el Artículo 3.13 de la referida Circular, en segundo lugar; el artículo 3.13.5. de la Circular 16, indica que, ante la imposibilidad de brindar la segunda asesoría dentro del término de los siguientes 20 días hábiles por factores atribuibles a éste, la entidad debe guardar los soportes que evidencien la razón de tal situación, lo que de manera alguna impide que la asesoría pueda ser suministrada en otro momento por iniciativa del afiliado, el artículo 3.1.3.1.2.4 de la misma Circular, establece que cuando se trate de afiliados que estén próximos a cumplir la edad máxima para trasladarse entre regímenes, las administradoras deben tomar todas las medidas conducentes a prestar la asesoría de una manera ágil y expedita, a fin de garantizarles el ejercicio de su derecho de traslado.

Conforme a lo expuesto, dispone la Juez que el argumento dado por COLPENSIONES en el oficio calendado a 28 de febrero del año 2018, en la cual se señala que no era procedente brindar la doble asesoría solicitada por la demandante, ya que la entidad surtió las acciones necesarias para entregarla con anterioridad a la fecha en que ésta cumpliera la edad máxima de traslado, no es de recibo, pues a pesar de que la mora en el suministro de la asesoría obedeció a factores atribuibles a la demandante, ello no impedía que con posterioridad la entidad le brindará la información, especialmente teniendo en cuenta las particulares condiciones de la actora al momento en que elevó la solicitud de su traslado, de manera que, cuando la demandante radicó ante COLPENSIONES el formulario el 18 de octubre del año 2017, ésta manifestó su interés y deseo de ejercer su derecho de traslado al régimen de prima media, por lo que la entidad, en esa ocasión debió de actuar de manera diligente, verificando los datos de la afiliada, y al encontrar que se trataba de una persona que estaba próxima a entrar en la prohibición legal de traslado, proceder a suministrarle la asesoría faltante de manera inmediata o en su defecto, dentro de los días próximos a la radicación del formulario, pero previo al cumplimiento de la edad máxima, en aras de procurar la efectividad de los derechos de la aquí demandante.

No siendo dable exigirle formalidades adicionales a las establecidas en el artículo 3.13.1.1 de la Circular 16, bajo tales condiciones, consideró que el no haberle reunido las dos asesorías previstas en la Ley por parte de la

demandante desconoce el derecho que le asiste a la afiliada de elegir de manera libre y voluntaria el régimen al cual quiere pertenecer, máxime, cuando se encuentra acreditado que la señora VILLAR PACHÓN, manifestó su deseo y voluntad de trasladarse de régimen previo a estar inmersa en la prohibición legal para hacerlo; por lo que, procedía habilitar el traslado deprecado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación argumentando que, resulta increíble que luego de que se demuestra por parte de la entidad el incumplimiento normativo dentro de cada uno de los momentos históricos, como lo son, al momento de la afiliación y previo a la restricción de los diez años, que se accedan a unas pretensiones cuando quedó demostrado en el expediente el cumplimiento de la norma, la información fue suministrada, los soportes legales están dados en cada uno de estos momentos históricos.

En el expediente obra una acción de Tutela que llegó hasta el Tribunal, donde, se dijo por parte del ente juzgador, en ese momento, que no era en ese momento o ese medio para poder realizar el traslado de régimen, por lo tanto, es injusta la condena, así como las costas, cuando la información fue suministrada de manera verás, oportuna, suficiente, no hubo ningún tiempo vencido para que la accionante pudiera retornar al ISS. Por consiguiente, no está en cabeza de esta administradora llevar a la persona a acompañarla hasta donde la norma para el fondo privado le corresponde, en ese orden de ideas, solicita se tenga en cuenta, la documental aportada en la contestación de la demanda, el interrogatorio de parte, donde se evidencia claramente la gestión eficiente, eficaz y oportuna, dada por la administradora y, en consecuencia, se absuelva a de todas y cada una de las pretensiones, incluidas las costas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al no surtirse la doble asesoría contenida en el inciso segundo parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, para el

traslado de régimen por parte de las AFPS demandadas, conlleva que la demandante no pueda trasladarse del RAIS al régimen de prima media con prestación definida.

Antecedentes preliminares

Para entrar a resolver la controversia planeada es dable precisar que la demandante en uso de las facultades establecidas en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 del año 2003, pretendió el traslado de régimen del RAIS al régimen de prima media, recibiendo por parte de la AFP PORVENIR S.A asesoría pensional el 22 de agosto de 2017 (fl.8), igualmente acudió ante COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen pensional como se observa a folio 9 del expediente, el día 18 de octubre de 2017, siendo negada la solicitud el mismo día por no contar con las dos asesorías de los regímenes pensionales que establece el inciso segundo parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014 (fl.11).

Motivo por el cual la demandante nuevamente acudió ante la entidad el día 17 de noviembre de 2017, con el fin de que se surtiera la asesoría requerida (fl.12), recibiendo contestación por parte de COLPENSIONES el mismo día, en la cual se le indica que su petición sería remitida al área competente (fl.13), ante la insistencia de la actora para obtener la asesoría y el traslado solicitado, COLPENSIONES emite respuesta con radicado BZ2018_1804409 del 28 de febrero de 2018 (fl.18), en la cual se le informa que dando cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, se realizó por parte de la entidad gestión telefónica durante 20 días hábiles para contactar y brindar la asesoría a la señora Villar Pachón, desde el **25 de agosto de 2017 al 9 de septiembre de 2017**, que se pudo contactar con la actora el día 19 de septiembre de 2017, quien le manifestó que no había sido posible realizar el proceso de doble asesoría con COLPENSIONES y que prefería realizar el proceso en un punto de atención, por tanto, se le indicó que se podía acercar a cualquiera de los puntos de atención para realizar dicho trámite o volverse a comunicar con la línea telefónica. En consideración a ello, refiere COLPENSIONES que no es procedente brindar la doble asesoría solicitada ya que la entidad surtió las acciones necesarias para entregarla con anterioridad a la fecha en que

la ciudadana cumpliera su edad máxima de traslado, sumado a que en la actualidad la demandante se encontraba a menos de 10 años para pensionarse.

Deber de asesoría, buen consejo y doble asesoría

La legislación colombiana ha tenido un avance relevante consistente en brindar información amplia y suficiente a los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones haciéndole conocer cada una de las características del RAIS como del régimen de prima media, estableciéndose a través de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.

La Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido que *"una información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo"* (SL 2209/2021).

En cuanto al deber del buen consejo el Decreto 255 de 2010, señala:

> ***"Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero****. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el* ***deber del buen consejo****, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
>
> *Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes*

de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.

3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Para el caso de la proyección del beneficio pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Administradora deberá realizar una asesoría en los términos descritos en el artículo 2.6.10.4.3 del presente decreto.

***Parágrafo 1°.** La asesoría a que se refiere el presente artículo tendrá el alcance previsto en estas disposiciones y en ningún caso será interpretada*

conforme a las normas relativas al deber de asesoría contenidas en el artículo 7.3.1.1.3, o las normas que la modifiquen o sustituyan.

La asesoría de que trata el inciso 2° del presente artículo, así como la información que arroje la herramienta financiera deberán entenderse como un cálculo estimado de la futura pensión, de la devolución de saldos y de la indemnización sustitutiva. Dichas proyecciones no corresponden a un derecho consolidado, por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la ocurrencia.

Parágrafo 2°. *Los consumidores financieros deberán manifestar de forma libre y expresa a la administradora su decisión de vincularse al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o al régimen de Prima Media con Prestación Definida o de trasladarse de régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo régimen o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia, a través de medios verificables de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. En dicho medio deberá constar que el consumidor financiero recibió la información suficiente y la asesoría requerida y que, en consecuencia, entiende y acepta los efectos legales, así como los potenciales riesgos y beneficios de su decisión.*

PARÁGRAFO 3*. Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones responderán por la actuación de los promotores de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.7.4.1. del Decreto 1833 de 2016.".*

La anterior normatividad fue modificada por la Ley 1748 de 2014, con la finalidad obligar a las AFPS brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros, indicándose en el artículo 2°, parágrafo 1°, lo siguiente:

*"**PARÁGRAFO 1o.** Adicionar un inciso 2o al artículo 9o de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:*

*En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, **como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes**. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia".*

En cumplimiento de lo ordenado en la anterior ley, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el

numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

> "3.*13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.*
>
> *De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado*".

Al hilo de las anteriores anotaciones, claramente se tiene que normativamente se encuentra como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, se reciba una asesoría por parte de representantes de ambos regímenes. En el caso de la demandante, se tiene que en cuanto a la AFP PORVENIR se cumplió con dicho requisito, sin embargo, respecto de COLPENSIONES la solicitud de traslado fue presentada el 18 de octubre de 2017, es decir, 4 días antes del cumplimiento de los 47 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 22 de octubre de 1970 (fl.7), siendo negada la solicitud inicialmente porque aún no había surtido la asesoría requerida, procediendo la actora a realizar varios requerimientos ante la entidad a fin de que se cumpliera la misma. No obstante, la entidad niega la petición por considerar que durante los días **25 de agosto de 2017 al 9 de septiembre de 2017**, intentó comunicarse con la actora y no fue posible; y solo hasta el día 19 de septiembre de 2017, se logra una comunicación con la señora AMPARO VILLAR quien les indica telefónicamente que prefiere realizar el proceso en un punto de atención, sin que obre constancia de que hubiere comparecido a realizar dicho proceso.

Si bien podría considerarse que la demandante no fue diligente en el requerimiento y por consiguiente, la asesoría solicitada no se logra concretar por su culpa, lo cierto es que la gestión efectuada por COLPENSIONES para surtir la asesoría lo fue con antelación a la solicitud de traslado presentada por la demandante, pues como bien se ha indicado ésta se radicó el 18 de octubre de 2017 y el trámite efectuado por la entidad lo fue entre 25 de agosto de 2017 al 19 de septiembre de 2017, de manera que, al conocer la entidad para el momento de la solicitud del traslado que la señora AMPARO

VILLAR PACHÓN se encontraba a portas de cumplir los 47 años de edad y por ende, prontamente estaría inmersa en la prohibición legal para poderse trasladar de régimen, debió efectuar de manera inmediata la asesoría requerida y no contestarle hasta el 28 de febrero de 2018, que dicho trámite sí lo realizó y que el mismo no se pudo llevar a cabo por su descuido, cuando ya había transcurrido el tiempo necesario para que pudiere lograr el traslado pretendido, téngase en cuenta que la entidad se pronuncia el mismo día de la solicitud, oportunidad en la cual le debió recordar que ya había sido requerida para el asesoramiento y en aras de agilizar el trámite efectuarlo de manera inmediata.

Así las cosas, se tiene que la negligencia para que surtiera la asesoría requerida no solamente lo fue por la actora, quien debió acudir a la entidad una vez le informaron telefónicamente que podía acercarse al punto de atención para ello, sino que también lo fue por parte de COLPENSIONES, quien a pesar de conocer que la demandante para el momento de la solicitud del traslado ya estaba a poco tiempo de cumplir la edad de prohibición de traslado, tampoco hizo el deber de efectuar la asesoría prontamente, por consiguiente, no es dable imputarle la culpabilidad únicamente a la demandante cuando la entidad demandada también incumplió con su deber.

Ahora, como bien lo aduce la Juez de primera instancia, la norma si bien tiene establecido la condición para que proceda el traslado entre regímenes el de recibir una asesoría por parte de representantes de ambos regímenes, lo cierto es que la norma no indica de manera taxativa que de no hacerlo éste prohibido el traslado, de lo contrario, el Artículo 2.6.10.2.3. del Decreto 255 de 2010, refiere que, en todo caso el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones. Así mismo, el parágrafo de la Circular Externa 016 de 2016, establece que lo dispuesto en esa instrucción no limita el derecho de los afiliados al SGP de cualquier edad a recibir asesoría en los términos establecidos por los subnumerales 3.13.2 y 3.13.3., de que trata la instrucción primera de esta Circular, cuando así lo

soliciten, lo cual permite concluir que la entidad podía haber aceptado el traslado solicitado y posteriormente, proceder a efectuar la asesoría requerida, ello a fin de evitar que la solicitud de traslado de la actora se definiera al cumplimiento de los 47 años de edad.

No siendo de recibo los argumentos expuestos por el apelante, pues en cuanto a la tutela a la que hace referencia, ésta se declaró improcedente por existir otros mecanismos para debatir el problema planteado, más no porque la demandante no tuviera derecho al traslado, por lo tanto, habrá de **confirmarse** la decisión de primer grado incluyéndose la condena en costas a las demandadas, pues ambas se opusieron a las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en el litigió, lo cual se compagina con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, que dispone de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, siendo las dos entidades vencidas, pues la AFP PORVENIR deberá trasladar los ahorros de la demandante al régimen de prima media administrada por COLPENSIONES.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A., como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

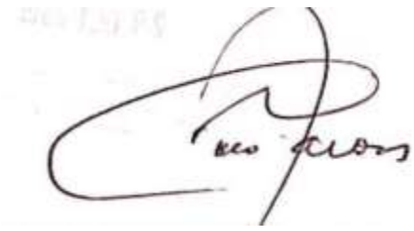
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

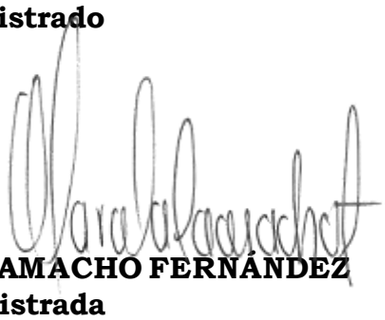
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP POVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

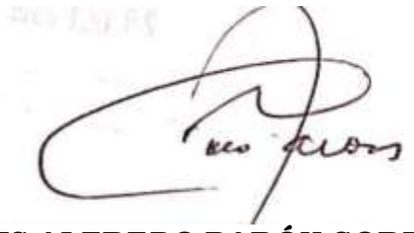


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP POVENIR S.A. en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANCISCO LÓPEZ MONTAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **FRANCISCO LÓPEZ MONTAÑO** se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2015, se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho y se **condene** ultra y extra petita **(fl.2)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 3 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 7 de octubre de 1951, contando con 40 años de edad al 1° de abril de 1994, que fue afiliado al ISS desde el 2 de mayo de 1979 y cotizó de forma ininterrumpida a través de distintos empleadores, un total de 932,86 semanas, además de las semanas cotizadas al ISS, prestó servicio militar obligatorio desde el 16 de febrero de 1972 hasta el 30 de enero de 1974, con lo cual se consideran satisfechos los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, procediendo a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión el 29 de diciembre de 2014 ante COLPENSIONES, quien profirió resolución GNR 55368 del 25 de febrero de 2015, negando el reconocimiento pensional deprecado, argumentando que no logra acreditar los requisitos mínimos de edad y/o semanas cotizadas, establecidos por la Ley 797 de 2003, interponiéndose recurso de reposición y apelación contra dicha

decisión, los cuales se desataron mediante los actos administrativos GNR 181840 del 18 de junio de 2015 y VPB 59986 del 4 de septiembre de 2015, a través de los cuales se confirmó la decisión atacada, que el 22 de noviembre de 2018, se radicó solicitud de revocatoria, insistiendo en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que, COLPENSIONES profirió el acto administrativo SUB 317997 del 5 de diciembre de 2018, a través de la cual nuevamente negó la prestación, indicando que si bien contaba con 7502 semanas cotizadas al 25 de julio de 2004, no lograba acreditar 1,000 semanas al 31 de diciembre de 2014.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5 a 9, los cuales consisten en la edad que ostentaba al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, los aportes efectuados al ISS y los actos administrativos expedidos por la entidad, indicó no ser ciertos los numerales 4 y 10; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, innominada o genérica y compensación **(fls. 45 a 51).**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de octubre de 2019, **declaró** probada la excepción denominada inexistencia de intereses moratorios y no probadas las demás excepciones formuladas por la demandada, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante una pensión de vejez conforme al régimen de transición y el Decreto 758 de 1990 a partir del 1° de diciembre de 2015, en cuantía equivalente en 1 SMLMV y en 13 mensualidades, condenó a COLPENSIONES a pagarle al demandante el retroactivo pensional causado entre el 1° de diciembre de 2015 y a la fecha en que sea incluido en nómina, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó en costas en la suma de 2 SMLMV **(CD fl. 68)**.

Como argumento de su decisión, señaló que no existía discusión en cuanto a que el demandante nació el 7 de octubre de 1951, por lo que, al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad cumplidos y por ende era beneficiario del régimen de transición en razón a la edad, en cuanto al Acto Legislativo 01 de 2005, se tenía que tampoco existía discusión en cuanto a que el actor contaba con más de 750 semanas al mes de julio de 2005, lo cual había sido aceptado por la demandada en la última de las

resoluciones en la que resolvió sobre la solicitud de reconocimiento pensional, lo cual también se podía verificar en la historia laboral, en donde constaba que había cotizado 864,28, sin tener en cuenta el tiempo en que prestó servicio militar.

Paso seguido, procedió a verificar si cumplía con los requisitos del Decreto 758 de 1990, encontrando de la historia laboral del señor FRANCISCO LÓPEZ que había cotizado un total de 932,86 semanas al ISS; entre el 2 de mayo de 1979 a noviembre de 2015, no acreditando las 1,000 semanas requeridas, como tampoco acreditaba 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 7 de octubre de 1991 al 7 de octubre de 2011. Frente a lo anterior, arguye el sentenciador que la parte actora solicita se tenga en cuenta el periodo que prestó sus servicios al Ejército Nacional allegando la respectiva información para bono pensional emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, en donde consta que prestó servicio militar como soldado entre el 16 de febrero de 1972 al 30 de enero de 1974, periodos que incluso ya habían sido aceptados por COLPENSIONES conforme se observaba de las resoluciones GNR 181840 del 18 de junio de 2015, VPB 59986 del 4 de septiembre de 2015 y SUB 317997 del 5 de diciembre de 2018, para lo cual la demandada sostenía que para los efectos del reconocimiento pensional conforme al Decreto 758 de 1990, no procede la acumulación de tiempos públicos y privados, y por ello, la opción legal que le aplicaría al demandante sería la Ley 71 de 1988, que tiene como requisitos contar con 1,028 semanas, por lo que teniendo en cuenta el tiempo cotizado en el ISS y las semanas en el Ejército Nacional acreditaba al 31 de diciembre de 2014, 1,022 semanas, no reuniendo los requisitos en dicha normatividad.

Refiere el *a quo* que conforme a la jurisprudencia de la CSJ Sala laboral, no es posible acumular tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión conforme el Decreto 758 de 1990, sin embargo, existen eventos en que se debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia con radicado SU 769 de 2014, pues de no hacerse se vería troncado el derecho pensional del demandante, que permite la acumulación de tiempos, encontrando que en el presente asunto sumados los aportes efectuados exclusivamente a COLPENSIONES y los efectuados en el Ejército Nacional, contaba con más de 1,000 semanas cotizadas, razón por el cual, en este caso procede el reconocimiento pensional a partir del 1° de diciembre de 2015, teniendo en cuenta que la última cotización realizada al sistema pensional lo fue en noviembre de 2015, en cuantía equivalente a 1 SMLMV, reconocimiento que se hará únicamente en 13 mesadas pensionales.

Niega el pago de intereses moratorios por haberse reconocido la pensión con fundamentó en una sentencia de la Corte Constitucional y de manera excepcional

para garantizar los derechos fundamentales del demandante a una vida digna y a la seguridad social, además de que la pensión de vejez fue negada por COLPENSIONES amparado por la normatividad vigente y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción, estableció que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 22 de noviembre de 2018, que se resolvió el 5 de diciembre de 2018, pero teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional se reconoció a partir del 1° de diciembre de 2015, no operó la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación manifestando que, teniendo en cuenta que no fue condenada al pago de intereses moratorios, tampoco debió ser condenada al pago de costas, ya que cuando se opuso al reconocimiento de la pensión de vejez lo hizo amparado en la normatividad vigente y la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala Laboral.

En cuanto al fondo del reconocimiento a la pensión de vejez, aduce el apelante que las pretensiones del demandante no pueden salir avante, toda vez que no es posible tener en cuenta tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, dado que este reglamento solamente permite que se tenga como tiempos válidos los efectuados únicamente al ISS, no siendo posible tener en cuentas las cotizaciones efectuadas en el servicio militar, toda vez que el legislador creó su propia normatividad que sí permite la acumulación de tiempos públicos y privados, que lo es la Ley 71 de 1988, tiempos que no fueron alcanzados por el demandante, tal y como lo tiene por sentado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44796, SL 4031 de 2017, razón por la cual solicita se revoque la decisión de primera instancia.

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

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala decisión determinar, si resulta procedente acumular tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES para el reconocimiento pensional bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad y si es beneficiario del régimen de transición. En caso afirmativo, se deberá

verificar si hay lugar al pago de costas procesales y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Sumatoria de tiempos de servicios públicos no cotizados a COLPENSIONES con tiempos privados para el reconocimiento de la pensión de vejez con Acuerdo 049 de 1990

En cuanto a la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, como lo pretende el demandante para poder acceder a la pensión de vejez, **ésta Sala de decisión a reconocido tal postura con sustento a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014**, en la cual se indicó que el Acuerdo 049 no contempla que para pensionarse con base en éste, los aportes tenían que haberse efectuado con exclusividad al ISS y por tanto, si era posible acumular el tiempo de servicios en el sector público y las cotizaciones efectuadas a dicho Instituto, en virtud del principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la CN y 21 del CST el cual aplicado sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, implicaba que la entidad o autoridad responsable debía acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para realizar el cómputo de las semanas requeridas atendiendo dos razones: (i) la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, haría nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario; y (ii) el artículo 12 del mencionado acuerdo no exigía que las cotizaciones se hubieren efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, en razón a que algunas personas no alcanzaban a obtener **el derecho a la pensión mínima** por no tener las 1,000 semanas en cualquier tiempo o las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, maximizando de esa manera el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de un grupo poblacional vulnerable que había visto disminuida su capacidad laboral para obtener los recursos necesarios que le permitían tener una subsistencia en condiciones dignas, criterio que en su momento la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral aún no había adoptado, sin embargo, teniendo en cuanta la jurisprudencia actual la misma varió aceptando el reconocimiento pensional incluyendo tiempos públicos y privados, tal y como se observa en la sentencia **SL 1947 del 1° de julio de 2020**, en la cual se precisó:

> *"En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el*

entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa

No obstante, ***ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas****.*

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

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

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el

número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

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

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna*.*

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

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

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres, debía contar para el 1º de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

De acuerdo con lo anterior, quienes reúnan los requisitos señalados tendrán derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de 1994". (subrayado fuera del texto original)

En consideración a lo anterior, resulta aceptable el computo de las semanas cotizadas por el actor en el sector público ante otras cajas de previsión con los aportados exclusivamente a COLPENSIONES, para completar los requisitos necesarios para acceder al derecho pensional bajo el Acuerdo 049 de 1990, que en el presente asunto corresponde al tiempo en que presentó servicio militar obligatorio, que de acuerdo al certificado de información laboral para bono pensional emitido por el Ministerio de Defensa Nacional lo fue entre el 16 de febrero de 1972 al 30 de enero de 1974, cabe recordar que sobre el tiempo de servicio militar obligatorio en el sistema general de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral también ya se ha pronunciado en donde ha considerado que es procedente, tal y como lo señaló en sentencia SL 11188 de 2016, reiterada en sentencia SL 3062 de 2021, en la cual cita:

> *"(..)*
>
> *Con la intención de estimular e incentivar el cumplimiento del deber ciudadano de prestar el servicio militar obligatorio, la L. 48/1993 estableció una serie de beneficios y privilegios en favor de los jóvenes que prestaran este servicio. Dentro de estas ventajas, se dispuso en el literal a) del art. 40 de esta ley que el tiempo de servicio militar obligatorio sería computado para efectos de la «pensión de jubilación de vejez».*
>
> *La anterior previsión no genera mayores discusiones en la jurisprudencia del trabajo, en tratándose de pensiones de jubilación o de vejez, al punto que esta Corporación ha aceptado que el tiempo del servicio militar obligatorio debe tenerse en cuenta para las pensiones de jubilación de las leyes 33/1985 y 71/1998. De igual modo, su convalidación ha sido admitida para la pensión de vejez de la L. 100/1993, en el entendido que el sistema integral de seguridad social posibilita «que ese tiempo sea computado en cualquiera de los dos regímenes previstos en la Ley 100, siendo de cargo de la entidad pública respectiva o de la Nación según el caso, el traslado de los recursos necesarios para convalidar esos tiempos frente a la seguridad social de conformidad con la ley, es decir, mediante la expedición de un bono o título pensional» (CSJ SL, 19 oct. 2011, rad. 41672; CSJ SL, 21 mar. 2012, rad. 42849) (..)"*

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1º de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumpla la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de

1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 9 del expediente, se tiene que el actor nació el **7 de octubre de 1951**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta diciembre de 2014. Al constatar si el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según historia laboral obrante a folio 54 del expediente registra **851,43 semanas** de cotización a esa data, superando así las 750 semanas requeridas, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de las mujeres debía acreditar 55 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respeto, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el **7 de octubre de 2011**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, entre el 7 de octubre de 1991 al 7 de octubre de 2011, acreditó **339,57 semanas** de cotización, es decir, no cumple con las 500 semanas exigidas, en cuanto a las 1,000 semanas en toda la vida laboral, el actor cuenta con un total de 932,86 cotizadas a COLPENSIONES, que sumadas las semanas de servicio militar que se efectuaron entre 16 de febrero de 1972 al 30 de enero de 1974, que corresponden a 101 semanas de cotización, el actor logra acumular un total de **1,033,86** al momento en que se efectuó la última cotización que lo fue en noviembre de 2015, es decir, que para el 31 de diciembre de 2014, contaba con **1.012,42 semanas** en total,

lo cual permite establecer que en efecto acredita las 1,000 en toda su vida laboral para acceder al derecho pensional conforme al Decreto 758 de 1990.

Disfrute de la pensión y monto

Decidió el *a quo* que el disfrute de la pensión lo será a partir del 1° de diciembre de 2015, teniendo en cuenta la última cotización que se realizó al sistema pensional, en relación a lo cual la parte demandante no manifestó reparó alguno, por lo tanto, no se entrará analizar las excepciones contempladas jurisprudencialmente, aunado a que lo decidido por el Juez tiene soporte en lo contemplado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En relación con la mesada pensional, se ordenó que la misma fuera sobre el SMLMV, aspecto sobre el cual tampoco existió discusión por parte del promotor del proceso. Por consiguiente, no se entrará analizar una mesada superior, ya que esta parte de la sentencia se está estudiando en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES.

Prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción, le asiste razón al *a quo* en cuanto a que la misma no alcanzó a prosperar, como quiera que el derecho se hizo exigible a partir del 1° de diciembre de 2015, el demandante solicitó su derecho pensional el 22 de noviembre de 2018, la cual se resolvió mediante resolución SUB 317997 del 5 de diciembre de 2018 (fl.31) y la demanda se radicó el 31 de enero de 2019 (fl.36), sin que de una fecha a otra sobrepasará los 3 años que contempla el artículo 151 del CPTSS.

Costas

En cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio y presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas, no siendo dable aplicar los mismos argumentos por los cuales el Juez absolvió al pago de intereses moratorios, pues como bien se expuso existe norma específica que regula las causales que generan condena en costas, encontrándose COLPENSIONES inmersa en una de ellas.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

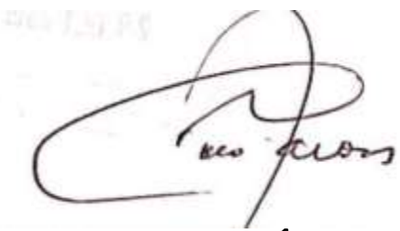
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

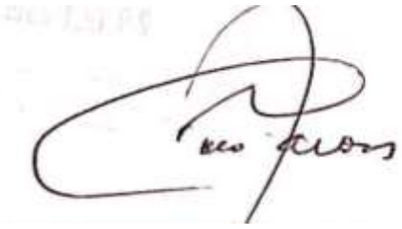


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFONSO CONTRERAS RODRÍGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALFONSO CONTRERAS RODRÍGUEZ,** se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle el correspondiente incremento pensional por persona a cargo del 14%, por tener a cargo a su compañera permanente MARÍA ANA LUISA MARTÍN DE CONTRERAS quien depende económicamente de él, se **condene** a la demandada a reconocer y pagar la respectiva retroactividad generada en dicho incremento desde el día en que se le reconoció la pensión de vejez, es decir, desde el 1° de enero de 2000, se **condene** a la demandada a pagar la indexación de las condenas, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales **(fl. 6)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 4), señaló que le fue reconocida la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición a partir del 1° de enero del año 2000, a través de la resolución No. 013385, que desde el 1° de agosto del año 1961 convive con la señora MARÍA ANA LUISA MARTÍN DE CONTRERAS de manera continua e ininterrumpida bajo el mismo techo, lecho y mesa, que su compañera no posee renta, ni salario, ni pensión, ni ningún ingreso para su sustentó, por lo que depende económicamente de él, razón por la cual solicitó ante COLPENSIONES el 13 de julio de 2018, el incremento pensional por persona a cargo, siendo negada la petición el 16 de julio de 2018, bajo el argumento de que la Ley 100 de 1993, no contempla dichos incrementos, por lo que si la pensión fue causada con posterioridad al 1° de abril de 1994, no es procedente el reconocimiento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda **(fl. 24)**, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó se ciertos los numerales 1, 4, 5 y 6; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, afectación del principio constitucional de sostenibilidad financiera fiscal y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 27 de agosto de 2019, **declaró** la sucesión procesal en los términos previstos en el artículo 68 del CGP con la señora MARÍA ANA LUISA MARTÍN DE CONTRERAS cónyuge supérstite del demandante, teniendo en cuenta que falleció el 18 de junio de 2019 (fl.41). Mediante sentencia del 28 de agosto de 2019, **condenó** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle a la señora MARÍA ANA LUISA MARTÍN DE CONTRERAS el incremento del 14% sobre la pensión mínima, al que tiene derecho el señor ALFONSO CONTRERAS RODRÍGUEZ quien tenía el derecho pensional en vida, por ser cónyuge supérstite y cargo del causante, esto es, desde el 13 de julio de 2015 y hasta el 18 de junio de 2019, fecha de fallecimiento del señor CONTRERAS

RODRÍGUEZ, junto con los respectivos reajustes legales y mesadas adicionales, y como consecuencia de ello, a pagar la suma de $5.565.362,88 por retroactivo causado entre el 13 de julio de 2015 y hasta el 18 de junio de 2019, suma que deberá ser debidamente indexada, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción y **condenó** en costas a la entidad demandada en la suma de $300.000 (CD – fl. 45).

Como fundamento de su decisión, el *a quo* señala que no existe discusión en cuanto al status de pensionado del demandante lo cual se comprueba con la resolución 013385 de 2000, en donde se le reconoció la pensión por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. En cuanto a la vigencia de los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1900, el sentenciador de primera instancia establece que se aparta del criterio emitido por la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, en cual se determina que los mismos fueron derogados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, considerando que la sentencia emitida por la Corte hace un retroceso histórico de los derechos fundamentales y produce un detrimento de desigualdad y perjuicio para con la población que pretende la aplicación de esta normatividad que son aquellas que devengan un SMLMV.

Sosteniendo su tesis bajo 4 argumentos, *(primero);* en cuanto a vigencia de los incrementos reclamados refiere que se acoge al criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que con total claridad dispuso que los incrementos de persona a cargo de encuentran vigentes al no ser objeto de derogación por parte de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la derogatoria orgánica establecida en la sentencia SU 140 de 2019 *(segundo),* indica que al tratarse de los incrementos pensionales estos se han venido entendiendo que no gozan de la característica pensional. Así las cosas, la tesis sobre la cual se basa la Corte únicamente tuvo en cuenta los efectos de los temas pensionales, generando la derogatoria de los mismos y dejando vigente aquellos que son excluidos de esa característica pensional, dentro de los cuales se encuentran vigentes la transición y hasta que permanezca las condiciones que generaron su creación, por lo que cuando

a una persona se le aplica el régimen anterior se debe aplicar el cuerpo completo y no apartados que para la Corte continúan vigentes como son los requisitos de acceso a la pensión, para que sea aplicable el régimen anterior; sino que de igual forma se debió aplicar la totalidad de la norma junto con los beneficios hasta que subsistan las condiciones y causas que le dieron origen.

Por otra parte, olvidó la Corte Constitucional los principios del derecho laboral de conglobamento indivisibilidad normativa *(tercero)* que señala que la norma debe aplicarse de manera unificada y no solamente aquellos apartados que se consideren beneficiosos, si bien es cierto la Corte Constitucional como guardiana de la constitución busca interpretar la aplicación de norma respecto de cómo aplicar la transición constitucional, olvida la misma que la normatividad aplicable se debe plasmar en su totalidad y no solamente respecto de los requisitos de acceso, situación que vulnera de forma flagrante las expectativas legítimas de sus beneficiarios en la medida que no solamente busca la aplicación de las normas del anterior régimen para el acceso, sino la aplicación de todos los beneficios pensionales y no pensionales, al desconocerse la totalidad normativa se vulnera derechos sustanciales, fundamentales y procesales

En cuanto a la estabilidad financiera *(cuarto)*, acota que no se pueden sacrificar derechos de los pensionados y sus familiares, por lo que, la ausencia, omisión y falta de diligencia de los entes estatales encargados de la recaudación, vigilancia y control que deben procurar por la recaudación de los aportes, por el próspero financiamiento del sistema pensional, la doctrina laboral específicamente en temas pensionales ha señalado que la estabilidad y sostenibilidad financiera no debe sacrificar derechos pensionales.

Finalmente, dispone que la Corte Suprema de Justicia ha considerado en línea jurisprudencial constante la vigencia de los incrementos pensionales, la cual ha sido reitera y expuesta en los últimos 20 años, bajo esta premisa la Corte ha reconocido a un grupo extenso de la sociedad igual o similares derechos siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados por la ley, por lo que, la Corte Constitucional al tener por derogados los incrementos

estaría en contra del derecho a la igualdad ante la ley, olvidando la dignidad y mínimo vital ya que muchas personas que solicitan este beneficio son adultos mayores que en su mayoría su único ingreso en su pensión y que el monto de la mesada se equipara a un SMLMV, dejándose de lado que al llegar a un cierto grado de edad las necesidades básicas se aumentan, y ese beneficio pensional no solamente beneficia al pensionado sino también a su pareja con dependencia económica permanente, por lo que es un núcleo familiar que depende del ingreso de la pensión.

Conforme a lo expuesto, procedió a estudiar los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, para el reconocimiento de los incrementos solicitados, arguyendo que los mismos se encuentran reunidos, lo cual se demostró con la declaración de los testigos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se estudie de nuevo la sentencia por cuanto la decisión emitida por el *a quo* perjudica a COLPENSIONES, por lo tanto, se tenga en cuenta la sentencia SU 140 de 2019, en la cual se dispuso que los incrementos solicitados se encuentran derogados.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes o no, en caso afirmativo se estudiará los requisitos establecidos en la norma y la excepción de prescripción propuesta.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ALFONSO CONTRERAS RODRÍGUEZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución 013385 del 26 de julio de 2000 (fl. 9), mediante la cual el ISS le reconoció la pensión de vejez en cuantía de $317.513 a partir del 1° de agosto de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser

beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

"Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."

(..)

"Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993."

(..)

"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.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir."

Al respecto, es importante precisar que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y respecto de cuándo empieza a operar,** la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

"7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, "a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria"

(..)

"9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones".

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

"… 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el ***deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos*** *que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional…"*

"Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo."

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento,** lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

"Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

> *"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"* (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador:** pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica "(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y *"para interpretar las leyes"*, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia, sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora, cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

> *"**ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias*

proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general.* ***La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

Aunado a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento se acogió a dicho criterio como se puede ver en la sentencia **SL 2061 del 19 de mayo de 2021**, en la cual dijo:

"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".

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de agosto de 2000** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, como quiera que el recurso de alzada salió avante.

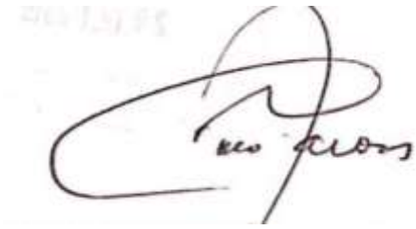
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YENNY PATRICIA ALEXANDRA IBAÑEZ BENITEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **YENNY PATRICIA ALEXANDRA IBAÑEZ BENITEZ,** se **declare** la ineficacia del traslado de COLFODOS S.A. efectuado el 21 de enero de 1999, se **declare** la ineficacia del traslado de BBVA fondo de pensiones y cesantías efectuado el 26 de marzo de 2007. Como consecuencia, se **restablezca** la afiliación a COLPENSIONES con derecho a recuperar el régimen de transición y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 3 v/to).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló en síntesis; que nació el 16 de julio de 1958, que se afilió al ISS el 24 de junio de 1982, que para el 1° de abril de 1994, había cumplido más de 35 años de edad, por tanto, se hizo beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que el 21 de enero de 1999, se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., que el 26 de marzo de 2007, se

trasladó al BBVA pensiones y cesantías, que ninguna de dichas entidades le suministró la información suficiente para tomar una decisión sobre el cambio de régimen, tampoco se le informaron sobre el derecho a retractarse, que el 26 de diciembre de 2013, se produjo la fusión por absorción entre PORVENIR S.A. y BBVA pensiones y cesantías, que el 27 de septiembre de 2016, solicitó a COLPENSIONES la ineficacia del traslado y el 23 de septiembre de 2016, realizó la misma petición a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., quienes resolvieron negativamente su solitud.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR S.A. contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 5, 15 y 16, los cuales tienen relación a la fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado a dicho fondo; y fecha de reclamación y respuesta, en cuanto a los demás hechos señaló no constarle los numerales 2 a 4 y 11 a 14; en cuanto a los demás refirió no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 95 a 101).

COLPENSIONES contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos indicó ser ciertos los numerales 1, 3, 11 y 12, los cuales tienen que ver con fecha de nacimiento, que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y respuesta a la reclamación presentada por la actora, propuso como excepciones de fondo; el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 136 a 147).

COLFONDOS S.A. igualmente contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, en cuanto manifestó ser ciertos los numerales 1, 5 y 14, los cuales tienen que ver con fecha de nacimiento, fecha de traslado a dicho fondo; y fecha de reclamación y respuesta a dicho fondo, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle los numerales 10 a 12, 15 y 16; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa, no existencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica y ausencia de vicios del consentimiento (fls. 153 a 171).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de agosto de 2019 (CD – fl.219), **declaró** la ineficacia del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por la AFP COLFONDOS que tuvo como fecha de suscripción 21 de enero de 1999, **declaró** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, **condenó** a PORVENIR S.A. a trasferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales y rendimientos financieros, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional y aceptar los valores que remita PORVENIR S.A. y **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **declaró** que en virtud de los efectos de la presente decisión, al no nacer a la vida jurídica el acto de traslado, la demandante se encuentra beneficiada del régimen de transición, pero aclara que para todos los efectos legales su estudio y posterior vigencia se deberá analizar con posterioridad a la luz de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 y **condenó** a COLFONDOS S.A. al pago de costas procesales en la suma de 1 SMLMV.

Fundamentó su decisión, el *a quo* trae a colación la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionada con la ineficacia del traslado en donde se hace relación a las obligaciones que tienen las administradoras de fondos de pensiones al momento de traslado

de régimen, entre ellas la del deber de información, así como la carga de la prueba, arguyendo que se acogía al último de los criterios adoptados por ésta Corporación.

Seguidamente, paso a analizar la controversia, argumentando que conforme a la cédula de ciudadanía de la actora, se tenía que era beneficiaria del régimen de transición, adujo que fue aportado el formulario de afiliación a COLFONDOS en donde se puede ver que el mismo fue suscrito de forma libre, espontánea y sin presiones; incluso dicho aspecto fue reconocido por la demandante en declaración de parte, frente a lo cual refiere que si bien el formulario se encontraba acorde a los establecido en el artículo 11 del Decreto 692 del año 1994, no obstante, la demandante contaba con una prerrogativa particular al momento del traslado, como lo era el ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que era deber del fondo acreditar la respectiva asesoría, aspecto que no se encontraba demostrado ni con el interrogatorio de parte absuelto por la actora, ni con la prueba documental, razón por la cual debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia a fin de que se revoque en su totalidad, arguyendo que si bien es claro el análisis jurisprudencial y el acogimiento a la misma frente al tema de la nulidad e ineficacia del traslado referente desde la Sentencia 31989 del 2008 a la fecha que hace el fallador de primera instancia, existe un desconocimiento a la prohibición legal que le asiste a la demandante, contemplado en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003, normatividad que ya ha sido analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, que tiene relación en no generar una descapitalización del régimen pensional, en el régimen de prima media y el principio de sostenibilidad financiera del régimen de ahorro individual, siendo prevalente frente a los criterios adoptados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, en cuanto a que la demandante era beneficiaria del régimen de transición al momento del traslado, aduce que tal y como lo mencionó el fallador de primer grado, para el momento del traslado del régimen con la

AFP COLFONDOS no existía la exigencia legal de dejar por escrito toda la información que se le daba a los afiliados, aduce que teniendo en cuenta la condición de abogada de la demandante, no le convenía informar en su declaración de parte todo lo que se le indicó en la asesoría por parte de COLFONDOS, de manera que, en referencia a la inversión de la carga de la prueba resulta desproporcionada frente que al momento del traslado, pues para el año 1999 no había aspectos adicionales al formulario de vinculación, que permitiera concluir que la demandante no le informó su situación respecto a si era o no beneficiaria del régimen de transición, aun así, conforme se prevé en el artículo 9° del Código Civil, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, por lo que, teniendo en cuenta el interés de la demandante de trasladarse de régimen, decidió realizarlo y preservar el régimen de transición, frente a lo cual ha indicado la Corte Constitucional que será solamente cuando al 1° de abril de 1994, el afiliado cuenta con 15 años de servicio o 750 semanas cotizadas, caso en que la demandante no acredita, por ende no puede ser vista como beneficiaria del régimen de transición, más aún cuando al realizar el traslado de régimen, renunció a tal aspecto y posteriormente, realizando traslado dentro del mismo régimen.

Por último, considera se debe tenerse en cuenta la excepción de prescripción, teniendo en cuenta, que como manifestó la demandante en su interrogatorio de parte conocía la imposibilidad que tenía o la prohibición de edad de regresar al régimen de prima media para dicha época y aun así, decide vincularse con la entidad, existiendo una ratificación de continuar en el régimen de ahorro individual, no solamente por el acto de afiliación sino por los aportes realizados hasta la fecha; y si no es vista como una ratificación, sí debe ser vista bajo la excepción de prescripción, ya que fue solamente hasta el año 2018 que invocó la acción judicial.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación acotando que según la sentencia SU-062 de 2010, en la cual trae a colación la sentencia C-1024 de 2004, se dice que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media, cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, estas personas son las que

cumplan los siguientes requisitos: *1)* tener al 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados, requisito que no cumple la demandante; *2)* trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual y, *3)* que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De suerte que, si bien es cierto, la demandante cumplía con la edad mínima, es decir, tenía más de 35 años de edad para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplía con el segundo requisito, consistente en que para trasladarse de régimen puede ser cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, motivo por el cual solicita sea revocada la decisión de primera instancia, además de que se tenga en cuenta que la actora contaba con conocimientos jurídicos al momento del traslado por ser economista, igualmente, manifestó en su declaración que tuvo una asesoría por parte de COLNFONDOS de 15 minutos en donde se le informó sobre las características del régimen de ahorro individual, siendo la obligación que para entonces recaía en los fondos de pensiones.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar

la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora YENNY PATRICIA ALEXANDRA IBAÑEZ BENÍTEZ el 21 de enero de 1999 (fl. 174), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS con efectos a partir del 1° de marzo de 1999 y posteriormente, se trasladó a BBVA horizonte pensiones y cesantías hoy PORVENIR S.A. el 1° de mayo de 2005 (fl.103), encontrándose activa en ésta, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 18 de mayo de 1987 al 31 de enero de 1999, de manera ininterrumpida (fl.54).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien de los formularios de afiliación a las AFPS obrantes a folios 174 y 103 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradoras respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP COLFONDOS S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder

a esta, entre otros aspectos, obligación que también tenía BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. al momento en que la actora se trasladó a esta, situación que tampoco se demostró, sin que el hecho de que se hubiere trasladado de fondo de pensiones en el régimen de ahorro individual de por cierto que dichas entidades cumplieron con su deber de información, precisamente salta a la vista que ninguna de ellas se tomó el tiempo de explicarle de manera detallada a la demandante cómo funcionaba dicho régimen, pues se desconoce que haya sido así.

Ahora, si bien la demandante era profesional en el momento en surgió el traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado, esto es, en el año 1999, se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional, aspectos que se encuentran corroborados con el interrogatorio de parte de la actora en donde se confirma que desconoce por completo sobre las características de ambos regímenes pensionales.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a cada una de las AFPS en las que estuvo vinculada la actora, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, de ahí que el traslado se torne ineficaz, aspecto que ha sido ampliamente establecido por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como se puede ver en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia SL 4336 del 4 de noviembre de 2020 rad. 77804, en el cual se precisó:

"De entrada advierte la Corte la trasgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque el Tribunal le impartió plenos efectos al traslado, por el hecho de que no se acreditó vicios del consentimiento, desconociendo con ello que es menester demostrar por parte del fondo privado, por corresponderle la carga de la prueba, que sí le suministró al afiliado una asesoría completa y oportuna, puesto como se explicó en la sentencia CSJ SL12136-2014, «la jurisprudencia del trabajo ha entendido

que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole».
(..)

De otro lado, cumple indicar que en materia probatoria a cada parte le corresponde, en principio, demostrar las afirmaciones o negaciones que sirven de fundamento de sus pretensiones o excepciones, de suerte que son ellas las que soportan las consecuencias de su inactividad, descuido, e incluso su equivocada actividad demostrativa.

Así, sobre la carga de la prueba en estos asuntos, la Corte en sentencia CSJ SL, 22 abr. 2004, rad. 21779, consideró:

[..] como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

Bajo ese derrotero era en Porvenir S.A. en quien recaía la carga de probar conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante edificó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta entidad, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, conforme lo dispone el artículo 1604 del CC".

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y

comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

> *"Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de* ***ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras****.*
>
> *Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado".*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende las entidades accionadas.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de las AFPS a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el

ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a las AFPS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

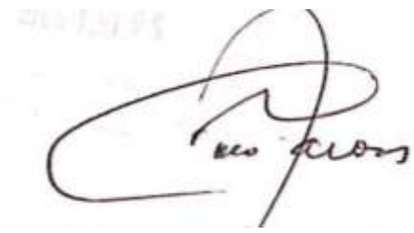
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFPS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

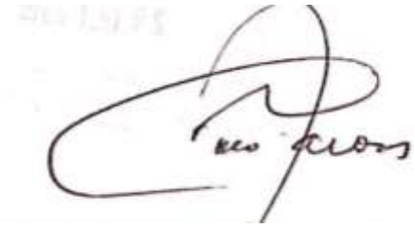


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de $ 900.000., cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERMES FERNANDO ORTÍZ ORJUELA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HERMES FERNANDO ORTÍZ ORJUELA,** se **declare** que ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con PORVENIR S.A., se **declare** que PORVENIR S.A. incurrió en omisión en el deber de informar todos los beneficios y desventajas que se tienen en el régimen de ahorro individual, se **declare** que debe estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia, se **condene** a la AFP POVERNIR S.A. a la nulidad de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se **condene** a AFP POVERNIR S.A. a trasladar los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se **condene** a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarlo como su afiliado,

se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), señaló que estuvo afiliado al ISS desde el mes de agosto de 1977, que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, éstos comenzaron a ejercer publicidad por diferentes medios de comunicación y mediante visitas personales, que en marzo de 1999, por no recibir información clara, técnica y adecuada firmó formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., que ese momento el asesor no le hizo saber de los riesgos que existían por trasladarse a ese régimen, ni le advirtieron sobre que la pensión podría ser inferir a la del ISS, tampoco sobre que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente, tampoco se le informó que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado, incluso de medidas gubernamentales como la tabla de supervivencia, que el valor de la pensión depende de la modalidad que escoja, es más, ni siquiera le explicaron sobre las distintas modalidades de pensión, por lo tanto, la omisión en la información y el engaño producido hicieron que renunciará a disfrutar de una mejor pensión, que la decisión de trasladarse no fue espontánea, voluntaria y libre, pues al ocultársele información definitiva, tomó la decisión bajo engaño, que a raíz de los anteriores hechos y en vista de que los cálculos elaborados en el régimen de prima media resultaron más benéficas, procedió a presentar solicitud para que se aceptará la nulidad de afiliación ante PORVENIR S.A. el 5 de septiembre de 2018 y el 12 de septiembre presentó la misma solicitud ante COLPENSIONES, entidades que respondieron de manera negativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 11 y 12, que tienen que ver que la fecha de afiliación al ISS y las reclamaciones presentadas ante las entidades demandadas, en relación a los demás hechos señaló no constarle ninguno de ellos, propuso como excepciones de fondo; el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos

administrativos, cobro de no lo debido, buena fe, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 54 a 65).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó oponiéndose de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto los numerales 2 y 10; que hacen relación la potestad del RAIS para administrar fondos de pensiones con la expedición de la Ley 100 de 1993, y la publicidad o comercialización que ello derivó, también en relación a la reclamación presentada, señaló no ser ciertos los numerales 3 a 7; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls.75 a 81)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2019 (CD – fl.130), **declaró** la ineficacia del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por la AFP PORVENIR que tuvo como fecha de suscripción 25 de marzo de 1999, **declaró** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, **condenó** a PORVENIR S.A. a trasferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales y rendimientos financieros, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional y aceptar los valores que remita PORVENIR S.A. y **declaró** no probadas las excepciones propuestas.

Fundamentó su decisión, el *a quo* hace un análisis de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, en donde se resalta el deber de

información que tiene los fondos de pensiones con todos los afiliados sin que deba tener un derecho consolidado y la carga de la prueba que les asiste.

Al analizar el caso en concreto, establece que el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 del 1993, contaba con 34 años de edad y contaba con 458,71 semanas cotizadas, por lo tanto, no era beneficiario del régimen de transición, indica que el formulario de afiliación si bien cumplió con los requisitos legales establecidos en el Artículo 11 del Decreto 692 de 1994, sin embargo, al tenerse en cuenta la jurisprudencia no basta con cumplirse con los requisitos formales, sino que además deben cumplirse los requisitos sustanciales necesarios para la creación del acto jurídico, como lo es acreditar efectivamente el cumplimiento del deber y obligación de información en el momento del traslado, no evidenciándose de la prueba documental esa situación, en cuanto al interrogatorio de parte rendido por el actor, destaca que si bien hubo una asesoría realizada de manera grupal alrededor de 30 personas que hacía parte de la facultad de ingeniería, reunión que se afirmó duró alrededor de 20 minutos, le informó que el ISS se iba a acabar y que corría gran riesgo de perder los aportes de continuar con dicha actividad, que podía tener derecho a un gran bono pensional, que podía retirarse y pensionarse antes de tiempo y que tendría rendimientos financieros en los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual.

De manera que, si bien existió una asesoría la misma precaria, pues se concentró el asesor en las señalar las bondades del RAIS, sin señalar las desventajas, debiendo tener en cuenta el asesor que el demandante al momento en que realizó el traslado contaba con un número considerable de cotizaciones los cuales ascendían a un total de 739 semanas, debiendo haber hecho un estudio comparativo con el cumplimiento de los requisitos que para ese momento se exigía en el régimen de prima media de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es así, que estos casos particulares se relevaba para el asesor un grado mayor de obligación de la información a suministrar, con tales argumentos, declaró la ineficacia del traslado solicitado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación solicitando se haga una revisión al interrogatorio de parte rendido por el actor, dado que del mismo se puede sustraer que sí tenía conocimiento de las características propias del régimen de ahorro individual y ese sentido considera que se cumplieron con las exigencias legales y jurisprudenciales que se tenían para el momento del traslado, esto es, para el año 1999, debe tenerse en consideración que el demandante manifestó que previo a la cita o afiliarse al régimen de ahorro individual, tenía conocimiento de cuáles eran las características propias del régimen, además tenía la capacidad para comprenderlo teniendo en cuenta su grado de escolaridad, indicó en su declaración se le había informado que era una cuenta de ahorro individual que generaría unos rendimientos, que podía pensionarse de manera anticipada, y esto, fue lo más atractivo respecto del régimen de ahorro individual, lo que quiere decir, que independientemente de las características, el demandante se vio motivado por una de dichas características, y fue eso lo que lo llevó a realizar dicho traslado de régimen, y dichas características pues son contempladas y son legalmente válidas, a la luz de la Ley 100 de 1993.

Agrega, que el demandante utilizó los aplicativos de la entidad dado que estos existen desde hace mucho tiempo, en donde no solamente revisaba su historia laboral y los extractos, sino también, los utilizaba de simulación de bono pensional, por lo que, que si utiliza los aplicativos de simulación tenía conocimiento cuál era su mesada pensional a futuro, dado que allí se le dan las herramientas para que evalúe la modalidad pensional que él podía escoger a través de dicho aplicativo, y el cual sería su expectativa o cuando se quería pensionar, lo cual que quiere decir, que sí tenía la capacidad y herramientas para saber de manera concreta el escenario de lo que sería su mesada pensional.

También manifiesta inconformidad en relación a los gastos de administración, mencionando que el actor tenía conocimiento de estos descuentos, dado que el actor señaló que recibió sus extractos de ahorro individual, y en dichos extractos de ahorro individual, no solamente se le da información respecto de los aportes, capital y rendimiento, sino también de

los descuentos, gastos de administración y seguros provisionales, lo que quiere decir, que durante todo el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, tuvo conocimiento de manera exacta y precisa de los valores de dichos descuentos y no hizo ninguna reclamación al respecto durante el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual. Además, dentro de las pretensiones de la demanda no se hace la solicitud de que se ordene descontar dichos gastos de administración, sino se puede observar en la pretensión quinta que, como consecuencia de la invalidación de la vinculación, se condene a la FP PORVENIR a trasladar los aportes cotizados al régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES.

Por consiguiente, la decisión de primera instancia estaría violando el principio de congruencia, ya que lo solicitado no concuerda con lo pedido, sin embargo, se hace alusión a las facultades extra y ultra petita, hay que tener en cuenta que dichas facultades son rogatorias y, si bien es cierto, el juez puede hacer uso de ellas, las mismas deben estar sustentadas de manera probatoria y jurídica, sin embargo, se hace alusión en que se hará lugar al descuento de dichos gastos de administración por las consecuencias de las misma nulidad, pero debe tenerse en cuenta que de acuerdo al Título VII del Código Civil trata sobre la restitución de los frutos el artículo 964 inciso 4 se hace la siguiente manifestación "*en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos"*, en ese sentido, las normas que dan lugar a la ineficacia o la nulidad, se debe restituir o se deben descontar o abonar los gastos que dan lugar a los frutos, lo cual quiere decir que dichos gastos de administración fueron orientados para producir los rendimientos que obtuvo el actor conforme a los documentes por él aportados.

Adicionalmente, el inciso tercero del artículo mencionado establece que *"el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores"*, por lo que en el caso que nos ocupa la entidad actuó de buena fe, lo que quiere decir que para poder devolver dichos gastos de administración debe probarse primero que

actuó de mala fe, si bien es cierto, alguna de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia se ha ordenado la devolución de dichos gastos de administración, ha de tener a consideración la argumentación del caso en particular, dado que en todas las sentencias en las cuales se ha ordenado descontar dichos gastos de administración, la Corte ha manifestado que el mismo se encontró probado un perjuicio al afiliado a adquirir su derecho a una prestación económica por vejez o el mismo le impidió no tener acceso al derecho, requisitos que no se encuentran probados en el presente asunto, pues en ningún momento se le ha dicho que no tendría derecho a una prestación económica por vejez, sino que la controversia se presenta es sobre la mesada pensional y esto no se puede tener como un perjuicio.

Igualmente, no es posible retornar al estado inicial, dado que por las características propias del asunto que nos trata es imposible, ya que dichos gastos de administración van incluidos en los seguros provisionales y esto por ser de consumo inmediato, dado que el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, se consumió dicha contingencia de invalidez y muerte, es decir, no se pueden prever situaciones exógenas, es decir accidentales, que le pueden ocurrir al demandante y es por ello que dichas contingencias se van consumando a partir del tiempo.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación señalando que los argumentos que se han tenido en cuenta a lo largo del trámite procesal, no se ha demostrado hasta el momento que el demandante, efectivamente haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de dos décadas, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración afianzando su decisión de estar en el régimen, por lo anterior, el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen individual por decisión propia como lo demuestra su firma en el formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado referenciado, razón por la cual, es ese fondo quien debe resolver su situación pensional.

En cuanto al argumento del Juez, respecto a la densidad de semanas que tenía el demandante al momento del traslado de régimen, en sentencia SU062 de 2010 de la Corte Constitucional, se establecieron unos requisitos para realizar los traslados de manera automática sin necesidad de que tenga que ser decretada por una orden judicial, en el caso del actor éste no cumplía con dichos requisitos, toda vez que no era beneficiario del régimen de transición.

Reirá su solicitud frente a la sostenibilidad financiera del sistema, por cuanto el demandante en su interrogatorio de parte manifestó, inicialmente que tenía miedo, que era una incertidumbre que el Instituto de Seguros Sociales se acabará, por cuanto, según su decir, los asesores de PORVENIR, se lo manifestaron. Sin embargo, posteriormente manifiesta que a su modo de ver era más conveniente el régimen de prima media, por cuanto quien avalaba este régimen era el Estado y no un particular, entonces, no hay congruencia en el relato del demandante, al manifestar por un lado que desconfiaba que el Instituto de Seguros Sociales se acabará y se pudiera quedar sin pensión y luego que manifesté que el garante era el Estado, y que este régimen era mejor, entonces, por esa desconfianza que tenía el demandante en el régimen de prima media no se debería acceder a sus pretensiones. Además, de aceptar este tipo de traslado o aceptar este tipo de pretensiones estaría alterando esta sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292,

del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor HERMES FERNANDO ORTÍZ ORJUELA el 25 de marzo de 1999 (fl. 39), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. efectuando cotizaciones a partir del 1° de mayo de 1999 y donde se encuentra vinculado actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 10 de agosto de 1977 hasta abril de 1999, de manera ininterrumpida (fls. 14 a 17).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 39 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP PORVENIR S.A., debía

informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso, no siendo cierto como lo manifiesta la apoderada de la AFP PORVENIR que al actor conocía todas estas caracteristics, pues del relato dado por el actor, si bien manifestó que se le habló al momento del traslado del gran bono pensional, que podía pensionarse antes de tiempo y de los rendimientos, siendo estas características que lo hicieron tomar la decisión, lo cierto es que la entidad no le habló respecto de las desventajas del sistema, tampoco se le hizo una proyección de la mesada, ni se le informó sobre las distintas modalidades pensionales que trae el RAIS, aspectos relevantes para una toma de decisión consiente.

Ahora, si bien el demandante era profesional en el momento en surgió el traslado, tal situación tampoco implica que tuviera conocimiento del tema, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado, esto es, en el año 1999, se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional, aspectos que se encuentran corroborados con el interrogatorio de parte del actor en donde se confirma que solo supo de las consecuencias de su decisión cuando de manera particular buscó una información completa entre ambos regímenes.

Sostiene la recurrente, que al haber utilizado el actor los aplicativos de la entidad en donde puedo proyectar su mesada pensional, verificar los rendimientos y extractos, supone el cumplimiento del deber de información por parte de la entidad, lo cual no es cierto, pues éste deber de información debe ser al momento de suscribirse el traslado y permanecer durante su permanencia en el RAIS, si bien la entidad logra acreditar que con posterioridad cumplió con dicha obligación, no así lo hace al momento del traslado, pues téngase en cuenta además, que ni siquiera la asesoría que se

le brindó al demandante al momento de suscribir el formulario de traslado lo fue de manera particular, pues el mismo refiere en su declaración que el asesor acudió a la facultad donde él prestaba su labor como docente, dando una charla a varias personas que tan solo tardó 20 minutos, lo cual permite inferir que la información no fue completa y veraz a su situación individual, aspecto que resulta relevante teniendo en cuenta la cantidad de semanas cotizadas por el actor que en dicho momento superaban las 700 semanas.

De otro lado, en cuanto a su permanencia en el RAIS supone su conformidad a dicho régimen, téngase en cuenta que el actor manifestó en su versión que sí quiso trasladarse, pero cuando lo fue hacer no pudo por el tiempo, lo cual permite establecer que la entidad tampoco cumplió con el deber de informarle que tenía derecho a retornar de régimen y cuales debían ser los requisitos, aunado a que fue precisamente cuando estaba a portas de pensionarse que supo de la realidad del traslado de régimen. No encuentra la Sala tampoco incoherencia con la declaración rendida por el actor como lo refiere COLPENSIONES al manifestar que se trasladó al ISS por el desprestigió que tenía la entidad para la época del traslado y sobre que se iba acabar y que posteriormente, haya dicho que se sentía más tranquilo estar en el ISS por cuanto el garante era el Estado, pues precisamente esa apreciación la tiene el actor durante el transcurrir del tiempo, ya que no es desconocido que para el año 1999, que surgió el traslado efectivamente se rumoraba todo lo dicho por el demandante, incluso fue cierto que el ISS se acabó, lo que no se contaba para entonces que se iba a crear una nueva entidad del Estado con las mismas garantías del ISS que le daban una mejor mesada pensional al actor, es por ello, por lo que se presume que el señor HERMES FERNANDO ORTÍZ manifiesta que se siente más seguro hoy en día estando en una entidad del Estado.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, de ahí que el traslado se torne ineficaz, aspecto que ha sido ampliamente establecido por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como se puede ver

en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia SL 4336 del 4 de noviembre de 2020 rad. 77804, en el cual se precisó:

"De entrada advierte la Corte la trasgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque el Tribunal le impartió plenos efectos al traslado, por el hecho de que no se acreditó vicios del consentimiento, desconociendo con ello que es menester demostrar por parte del fondo privado, por corresponderle la carga de la prueba, que sí le suministró al afiliado una asesoría completa y oportuna, puesto como se explicó en la sentencia CSJ SL12136-2014, «la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole».
(…)

De otro lado, cumple indicar que en materia probatoria a cada parte le corresponde, en principio, demostrar las afirmaciones o negaciones que sirven de fundamento de sus pretensiones o excepciones, de suerte que son ellas las que soportan las consecuencias de su inactividad, descuido, e incluso su equivocada actividad demostrativa.

Así, sobre la carga de la prueba en estos asuntos, la Corte en sentencia CSJ SL, 22 abr. 2004, rad. 21779, consideró:

[…] como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

Bajo ese derrotero era en Porvenir S.A. en quien recaía la carga de probar conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante edificó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta entidad, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, conforme lo dispone el artículo 1604 del CC".

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al

RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Expresando en uno de sus últimos pronunciamientos, textualmente lo siguiente (SL 1467 de 2021):

> *"En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1217-2021, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan,* ***o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás****» (CSJ SC3201-2018).*
>
> *Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil, y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*
>
> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*
>
> *Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020)".

De ahí que no les asista razón a PORVENIR S.A. en lo dicho en su recurso, por cuanto la jurisprudencia no indica que debe demostrarse un perjuicio al afiliado en relación a no poder adquirir su derecho pensional, sino que, lo que establece es que la consecuencia jurídica al declarase la ineficacia del traslado siempre es la misma "*declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás",* lo que lleva consigo la devolución de trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, es por ello, que no ésta violando el principio de congruencia, pues el proceso se abordó bajo los postulados de la ineficacia de traslado, lo cual lleva *per se* está consecuencia jurídica.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES

de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

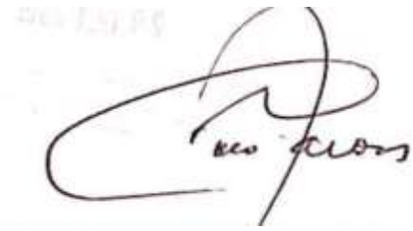
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

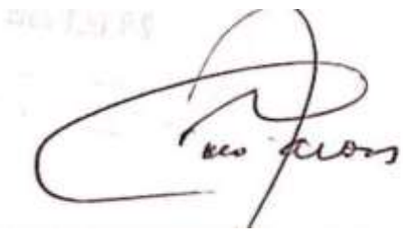


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de $ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN MARÍA OSORIO DE CUELLAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **CARMEN MARÍA OSORIO DE CUELLAR** se **declare** que tiene un derecho adquirido a la pensión de vejez desde el 1° de septiembre de 2007, se **declare** que su obligación a cotizar al sistema pensional cesó el 30 de agosto de 2007, fecha en la cual reunió los requisitos para acceder a una pensión de vejez, en los términos de la Ley 71 de 1988, se **declare** que COLPENSIONES tiene la obligación de tener en cuenta los ciclos 200012, 200101 y 200308, es decir, 12,85 semanas cotizadas, cancelados en calidad de trabajadora independiente y de manera extemporánea, para los ciclos que se encuentran sin pago de aporte a pensión correspondientes a enero de 2001, febrero de 2003 y agosto de 2007, se **declare** que para el 30 de agosto de 2007, reunía 1,031 semanas cotizadas a COLPENSIONES y a diferentes cajas de previsión y/o entidades del sector público, se **declare** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 1° de septiembre de 2007, es decir, desde la fecha en que cumplió los requisitos de una pensión de jubilación por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988, se **declare** que al momento de ordenarse el retiro de la pensión de vejez de la nómina de pensionados, por medio del Auto 00815 del 14 de abril de 2011, emitido por el asesor VI Gerencia Seccional Cundinamarca, tenía reunidos los requisitos de edad y tiempo de servicios y/o cotización para acceder a la pensión de vejez en los términos de la Ley 71 de 1988, se

declare que la pensión deba reliquidarse tomando en cuenta los IBC sobre los cuales cotizó hasta agosto de 2007.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2007, en los términos de la Ley 71 de 1988, se **condene** a COLPENSIONES a tener en cuenta 12,85 semanas cotizadas de los ciclos correspondientes a enero de 2001, febrero de 2003 y abril de 2007, los cuales deben ser validados por los ciclos cancelados de manera extemporánea de diciembre de 2001, cancelado el 9 de enero de 2001, enero de 2001, cancelado el 6 de febrero de 2001 y agosto de 2003, cancelado el 20 de octubre de 2003, se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional, tomando los IBC sobre los cuales cotizó dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez, se **condene** a COLPENSIONES al pago del retroactivo del periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2007 al 30 de abril de 2015, y se descuente de dicho valor la suma de $105.932.468 girados por la entidad demandada por concepto de mesadas pensionales, se **condene** a COLPENSIONES a cancelar las diferencias que resulten de la reliquidación de la mesada pensional , esto es, a partir del 1° de mayo de 2015 y hasta que se verifique su pago, se **condene** a COLPENSIONES al pago de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, generados por la demora injustificada en el pago de mesadas pensionales a partir del mes de abril de 2011, fecha en la cual ISS la retiró de nómina, se **condene** a COLPENSIONES a cancelar dichas sumas de dinero con la correspondiente indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls.1 a 3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls 4 a 12 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 16 de septiembre de 1951, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 42 años de edad, por lo tanto, es beneficiaria del régimen de transición, tal y como lo reconoció COLPENSIONES en resoluciones VPB 49437 del 18 de junio de 2016 y GNR 79391 del 16 de marzo de 2016, que el 2 de marzo de 2007, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que a través de resolución 0809 del 21 de enero de 2008, se resolvió negar transitoriamente la pensión de vejez dado que en el expediente no obraba certificación de la AFP SKANDIA la cual certificará los tiempos cotizados a dicha AFP, a través de resolución No. 5299 del 6 de febrero de 2009, le fue concedida la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2007, en cuantía inicial de $1.924.047, por concepto de retroactivo pensional se ordenó reconocerle la suma de $51.979.334, que el asesor VI del centro de decisiones de servicios públicos de la Gerencia Seccional Cundinamarca y D.C. del Seguro Social, emitió Auto 815 del 14 de abril de 2011, por

medio del cual ordenó retirarla de la nómina de pensionados, que para el momento en que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la accionada en resolución No. 5299 del 6 de febrero de 2009, ya contaba con los requisitos para acceder a la pensión de vejez como quiera que reunía 1,031 semanas, que al momento de emitirse dicha resolución se cometió el error de fijar la fecha de causación en marzo de 2007, que el 12 de mayo de 2011, se radicó ante el ISS solicitud para que se restituyera inmediatamente el derecho a la pensión de vejez, que teniendo en cuenta que COLPENSIONES la retiró de nómina de pensionados y al no haberle dado respuesta a la petición del 12 de mayo de 2011, se vio obligada a seguir cotizando al sistema.

Que, COLPENSIONES emitió resolución GNR 347957 del 9 de diciembre de 2013, por medio de la cual asume el estudio del expediente administrativo, el 3 de marzo de 2014 se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, el 10 de abril de 2014, radicó solicitud de corrección de la historia laboral, COLPENSIONES emitió resolución GNR 323123 del 17 de septiembre de 2014, en la cual resolvió el recurso de reposición confirmando la resolución GNR 347957 del 9 de diciembre de 2013 y a través de resolución VPB 49437 del 18 de junio de 2015, se ordenó revocar la resolución GNR 347957 del 9 de diciembre de 2013 y en su lugar se ordenó reconocer la pensión de vejez, estableciéndose que el status de pensionada la adquirió el 24 de mayo de 2008, se tiene en cuenta 1,230 semanas cotizadas y ordenó reconocer la prestación a partir del 1° de mayo de 2015, en cuantía de $2.108.648, además ordenó el reintegro de los valores pagados por concepto de pensión de vejez otorgada en el año 2007, por valor de $105.336.251, que la pensión se reconoció en los términos establecidos en la Ley 71 de 1988, que el 15 de julio de 2015, solicitó el reconocimiento pensional a partir de 2007, que mediante resolución GNR 79391 del 16 de marzo de 2016, se le reliquidó el valor de la mesada pensional, pero no accedió a modificar la fecha de causación, que a través de resolución GNR 334315 del 10 de noviembre de 2016, se señaló que según historia laboral había cotizado como independiente hasta abril de 2015, razón por la cual la prestación se reconoció a partir del 1° de mayo de 2015.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 7, 10, 12, 14, 16 a 24, 26, 29, 30, 34 a 39, 41, 44, 46 y 47, parcialmente ciertos los numerales 25 y 40; y no ser ciertos los numerales 43, 45, 49 y 56, en relación a los demás hecho adujo no ser hechos y propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia

de la obligación, cobro de lo no debido e imposibilidad de condena en costas (fls.167 a 178).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de octubre de 2019, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagarle a la demandante la pensión de vejez en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia de las previsiones de la Ley 71 de 1988, en cuantía de $2.105.618, 30 a partir del mes de febrero de 2007, valor sobre el cual deberá aplicarse los reajustes legales pertinentes y pagar las mesadas ordinarias y adicionales que procede, **condenó** a COLPENSIONES a pagar las mesadas adicionales y diferencias de mesadas pensionales ordinarias y adicionales que procede, existentes entre las efectivamente sufragadas y las que legalmente le correspondían al demandante a partir del mes de marzo de 2014, debiendo COLPENSIONES hacer las devoluciones a que haya lugar, en el evento de que la demandante haya reembolsado suma alguna en cumplimiento de la resolución VPB 49347 del 18 de junio de 2015, **ordenó** que los valores respectivos por concepto de mesadas y diferencia de mesadas ordinarias y adicionales deben ser indexadas, tomando para el efecto como índice inicial la fecha de causación de la respectiva mesada o diferencia de mesada pensional y como índice final la fecha cuando se verifique el pago por parte de COLPENSIONES, **declaró** probada la excepción de prescripción respecto de mesadas causadas y diferencias de mesadas con anterioridad al mes de marzo de 2014, y **condenó** en costas a la parte demandada en la suma de $3.000.000.

Como argumento de su decisión, señalando que la controversia giraba en torno a la fecha de causación de la pensión de vejez, frente a lo cual la parte demandante considera que debe ser a partir de septiembre del año 2007 y no en la fecha registrada en la resolución que le otorgó la pensión en donde se destacó que la última cotización se efectuó en abril de 2015, sin novedad de retiro.

Considerando el *a quo* que teniendo en cuenta las pruebas documentales aportadas, se tiene que la demandante solicita el reconocimiento de la pensión de vejez bajo lo establecido en la Ley 71 de 1988 a partir del 30 de agosto de 2007, que de conformidad con la cédula de ciudadanía de la actora se acredita que nació el 16 de septiembre de 1951, por lo que cumplió los 55 años de edad el 16 de septiembre de 2006, esto es, en vigencia de la ley 100 de 1993, no existiendo controversia en cuanto a que la actora cumple los presupuestos del art. 36 de la ley 100 de 1993, siendo beneficiaria del régimen de transición.

A reglón seguido, verificó los requisitos de la Ley 71 de 1988, encontrando que la demandante realizó cotizaciones a la Secretaria Distrital de Integración Social en un lapso comprendido entre el 1° de septiembre de 1977 al 1° de julio de 1982, para un total de 4 años y 10 meses, prestó sus servicios al ICETEX del 16 de junio de 1982 al 1° de octubre de 1986 para un total de 4 años y 16 días; y reportó a COLPENSIONES un total de 765,86 semanas equivalentes a 14 años, 10 meses y 21 días, acreditando 20 años de servicios, cumpliendo así con los requisitos de la Ley 71 de 1988, en cuanto a la mesada indica que la actora tiene derecho a una mesada de $2.105.618,30 partiendo de una tasa de remplazo del 75% con IBL de los 10 últimos años.

En cuanto al reconocimiento de la mesada pensional a partir del 30 de agosto de 2007, refirió el sentenciador que si bien era cierto se aludía por COLPENSIONES la aplicación del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, en la que se exige el retiro del servicio y se evidencian cotizaciones posteriores a febrero de 2007, las mismas fueron efectuadas en atención a los requerimientos efectuados por COLPENSIONES de tiempos adicionales que la demandante no requería, pues para el momento de la solicitud ya contaba con los requisitos para el reconocimiento pensional, absuelve al reconocimiento de intereses moratorios y en su lugar condena a que las sumas adeudadas sean debida indexadas.

En cuanto al excepción de prescripción estableció que el reclamó inicial se dio el 2 de marzo de 2007, a partir de dicha fecha contaba con 3 años para ventilar judicialmente el reconocimiento de la pensión o interrumpir el fenómeno prescriptivo a través de la interposición de los recursos, observándose en el presente asunto que, transcurriendo más de los 3 años, operando la prescripción con anterioridad al mes de marzo del año 2014.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación manifestando que no se encuentra de acuerdo con la fecha en que opera le fenómeno prescriptivo, como quiera que si bien es cierto venía recibiendo sus mesada hasta el año 2011, lo que generó un hecho nuevo fue el Auto a través del cual le retiraron su mesada pensional, a raíz de eso es que se interrumpe el fenómeno prescriptivo con el escrito de mayo de 2011, en donde solicita que se le incluya las semanas que dice el Auto que no se debían tener en cuenta, por lo que considera que la pensión se debe reconocer desde febrero de 2007, porque al fin al cabo ella venía recibiendo el derecho y fue el ISS el que se equivocó con retirarla de nómina. Además, de que la sentencia de la Corte

Constitucional en relación a la prescripción dispone que la misma corres hasta cuándo se haya agotado la reclamación que lo fue en el año 2015 cuando nuevamente le reconoce la pensión.

También manifiesta inconformidad en cuanto al absolución de intereses moratorios, por cuanto considera que se está pidiendo su reconocimiento precisamente ante la equivocación de COLPENSIONES en su reconocimiento pensional, es decir, una sanción por la demora en el reconocimiento y la indexación es en relación a las diferencias desde el 2015, con la mesada que realmente le correspondía.

Parte demandada también interpuso recurso de apelación en cuanto a la condena en costas, argumentado que COLPENSIONES ha venido realizando actuaciones sujetas a derecho y que para el momento en que se evidenció que los soportes de las semanas no eran inconsistentes la entidad en aras de cuidar el erario público y en cuanto a las funciones que la ley le otorga no tuvo otra salida que realizar la suspensión de las mesadas pensionales y posteriormente, de conformidad con las solicitudes de la demandante las mismas se contestaron en debida forma con un sustento jurídico valido, evidenciándose la buena fe en las actuaciones administrativas, por lo tanto, no habría lugar a las condenas en agencias en derecho.

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

Problema jurídico

Sea de advertir que el Juez de primera instancia no abordó los problemas jurídicos de acuerdo a como fueron planteados en el líbelo demandatorio. Por consiguiente, esta Sala de decisión abordará los problemas jurídicos de la siguiente manera; si deben reconocerse dentro de la historia laboral de la actora los ciclos 2000-12, 2001-01 y 2003-08 que fueron pagados de manera extemporánea como trabajadora independiente, seguidamente se analizará si la actora acreditaba los requisitos contemplados en la Ley 71 de 1988, para mayo de 2007, en consecuencia, si COLPENSIONES debe reconocerle la pensión a partir de dicha data junto con el pago del retroactivo, se analizará también si deben reconocerse intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo. Por último, si procede la condena en costas.

Status de pensionado

A la señora CARMEN MARÍA OSORIO DE CUELLAR le fue reconocida una pensión de vejez bajo los presupuestos establecidos en la Ley 100 de 1993, mediante resolución 005299 del 6 de febrero de 2009, al acreditar 1,096 semanas de cotización,

reconocimiento que se hizo a partir del 1° de marzo de 2007, en cuantía de $1.924.047 y un retroactivo de $51.979.334, mediante Auto 00815 del 14 de abril de 2011, COLPENSIONES decide abrir investigación al observar inconsistencias en las semanas de cotización acreditadas por la demandante, procediendo a retirarla de nómina a partir del mes de abril de 2011.

La actora solicita dejar sin efectos el anterior Auto a través de petición del 12 de mayo de 2011, la entidad demandada se pronuncia a través de resolución GNR 347957 del 4 de diciembre de 2013, en donde nuevamente niega el derecho pensional, sobre dicha decisión se interpuso recurso de reposición, resuelto en resolución GNR 323123 del 17 de septiembre de 2014, en la que nuevamente se niega el derecho. Finalmente, en resolución VPB 49437 del 18 de junio de 2015, COLPENSIONBES reconoce que la demandante es beneficiaría del régimen de transición, otorga el derecho pensional de acuerdo a lo establecido en la Ley 71 de 1988, a partir del 1° de mayo de 2015, en cuantía de $2.108.648 y ordena que la actora reintegre la suma de $105.336.251, mediante resolución GNR 79391 del 16 de marzo de 2016, la accionada modifica el valor de la mesada pensional en la suma de $2.191.727 y se mantuvo en el reconocimiento a partir del 1° de mayo de 2015.

Reconocimiento de semanas

- Ciclos 2000-12, 2001-01 y 2003-08

Solicita la demandante le sean reconocidos los ciclos mencionados, que fueron cotizados como independiente de manera extemporánea, sobre tal petición la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha establecido que los pagos realizados en periodos vencidos de los trabajadores independiente no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes, para lo cual es pertinente traer a colación la sentencia SL 4558 de 2019, en la que se rememora las sentencias SL3445-2019, SL 12503 de 2016, SL 5081 de 2015 y SL 13077 de 2014, en donde se señaló:

> *"En cuanto al tema de discusión, vale recordar que conforme al artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, las novedades de los trabajadores independientes «que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente»**, lo que significa que los pagos realizados en periodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes**. Al respecto, en sentencia SL12503-2016, la Sala explicó:*
>
> *El Tribunal para arribar a su decisión, asentó que las cotizaciones realizadas por la demandante en el mes de junio de 2006 para los ciclos comprendidos entre octubre de 2005 y junio de 2006, así como los efectuados en el mes de mayo de 2007, para el período de noviembre de 1997 a diciembre de 2000, no podían contabilizarse a efectos*

de determinar si la demandante había o no reunido el número de semanas necesarias para ser merecedora de la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en atención a que los mismos se habían realizado de manera extemporánea.

Con la inferencia anterior, el ad quem pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al período al que se pretendían imputar, para el caso de los trabajadores independientes como lo fue la aquí demandante, ***no pierden validez, sino por el contrario, se deben aplicar a períodos posteriores al pago,*** *tal como lo señaló esta Corporación en sentencia de casación CSJ SL 5634 2016, que reiteró las sentencias CSJ SL 13077 2014 y SL 5081 2015.*

"[…]"

De conformidad con lo anterior, fue errado el juicio realizado por el Tribunal cuando le restó validez a las cotizaciones realizadas por la accionante, pues en verdad, ***lo que debió hacer fue contabilizarlas a períodos posteriores a su pago****, situación con la que además, vulneró las disposiciones denunciadas.*

Así las cosas, se advierte que el colegiado pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al ciclo que se pretendía cubrir, no podían ser excluidas del haber de cotizaciones del afiliado, sino por el contrario, debieron ser imputadas a periodos posteriores al pago" **(negrilla fuera del texto original).**

Así las cosas, los ciclos 2000-12 y 2001-01 deben reconocerse en el ciclo febrero de 2003, y en marzo de 2007 en donde aparecen reportes en 0; y el ciclo 2003-08 debe reconocerse en abril de 2007, por cuanto para dicha fecha también aparece reporte en 0, para un total de **12,87 semanas** de cotización que deben incluirse dentro de la historia laboral de la actora.

Pensión de jubilación por aportes – Ley 71 de 1988

Como bien se indicó previamente, no existe discusión en cuanto a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que la norma que la cobija es la Ley 71 de 1988, pues así lo reconoció COLPENSIONES en resolución VPB 49437 del 18 de junio de 2015, lo que debe verificarse es si los requisitos de la Ley 71 de 1988, se cumplieron para el 1° de mayo de 2007, que es la fecha que alega la actora debe reconocerse la pensión, normatividad que dispone en su artículo 7° que para el reconocimiento de la prestación debe contar con 55 años de edad y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social. A folio 40 obra copia de cédula de ciudadanía de la demandante en donde consta que nació el 16 de septiembre de 1951, de manera que, **los 55 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2006**.

En relación a los 20 años de aportes, se observa a folios 210 a 214 y 225 a 229, formatos CLEBP expedidas por el ICETEX y SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, en donde aparecen los siguientes reportes:

EMPLEADOR	CICLO	DÍAS	SEMANAS
SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL	01/09/1977-01/07/1982 **Días de interrupción 15**	1.726	247
ICETEX	16/06/1982-01/10/1986	1.462	209

A folio 181 se encuentra historia laboral de la demandante en donde reporta para febrero de 2007 un total de 561,3 semanas cotizadas que, al sumarse las **12,87** semanas aquí reconocidas, obtendría un total de **574,17 semanas** cotizadas a COLPENSIONES y al tomarse los aportes efectuados por fuera de dicha entidad, obtendría un total de **1,030.17 semanas** cotizadas para abril de 2007, que equivalen a los 20 años de aportes exigidos, por lo que le asiste razón a la demandante en cuanto a que su **derecho pensional que se hizo exigible a partir del 1° de mayo de 2007**.

Retroactivo pensional y monto de la mesada pensional

Sostiene la llamada a juicio en sus actos administrativos VPB 49437 del 18 de junio de 2015 y GNR 79391 del 16 de marzo de 2016, que el disfrute de la pensión debe ser a partir del 1° de mayo de 2015, teniendo en cuenta que durante los últimos 4 años contados a partir de la última cotización efectuó aportes en calidad de independiente hasta el ciclo de abril de 2015 (fl.94), acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o **en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos** (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

En el presente caso se tiene que COLPENSIONES le reconoció inicialmente la pensión a la señora CARMEN MARÍA OSORIO la prestación mediante resolución 005299 del 6 de febrero de 2009, porque acreditaba 1,096 semanas de cotización, sin embargo, a través de Auto 00815 del 14 de abril de 2011, determina suspender el pago de la mesada al considerar que la actora no acreditaba 1,096 semanas, sino 964 semanas cotizadas con lo cual la demandante no reunía los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo cual llevó a que la actora volviera a efectuar aportes a fin de alcanzar las semanas exigidas, tal y como se observa de la historia laboral en donde costa que comenzó a realizar aportes como independiente desde julio de 2011 hasta abril de 2015, justo durante el tiempo que la demandada le negó el derecho por falta de requisitos, lo cual permite establecer que efectivamente se da la excepción jurisprudencial citada, por ende, el **disfrute de la pensión debe ser a partir del 1° de mayo de 2007**, oportunidad en la cual ya reunía todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

En cuando al **monto de la pensión** el mismo debe ser calculado conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que para el caso de la actora es con lo cotizado durante los 10 últimos años, al efectuarse las operaciones aritméticas se obtiene una mesada pensional para el 1° de mayo de 2007, en la suma de $2.437.480, monto que resulta superior al por el Juez, quien la cálculo en $2.105.618,30, teniendo en cuenta que el valor de la mesada no fue objeto de controversia por parte de la demandante, y se está estudiando el presente asunto en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES, se mantendrá el valor de la mesada reconocida en primera instancia, pues de cambiarse se haría más gravosa la situación de la entidad demandada.

Ahora, debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES le había reconocido a la demandante una pensión de vejez a partir de marzo de 2007, pagándole mesadas desde dicha data hasta marzo de 2011, por consiguiente, aquí únicamente se ordenará reconocer las mesadas adeudadas entre el **1° abril de 2011 al 30 de abril de 2015,** que corresponden a la suma de **$140.882.759,** más las diferencias que existan entre la mesada calculada en primera instancia correspondiente a la suma de $2.105.618,30 con las reconocidas por COLPENSIONES entre 2007 a marzo de 2011 y del 1° de mayo de 2015 a la fecha. Sobre la devolución de los **$105.336.251** de los cuales la demanda requiere a la demandante por mesadas y retroactivo reconocidos entre 2011 a 2015, se tiene que la entidad demandada no formuló demanda de reconvención, por lo tanto, no se entrará analizar de fondo.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

En el presente caso, se discute que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en relación a ello ésta **Sala decisión ha considerado desde tiempo atrás que independientemente de la naturaleza de la pensión reconocida, es procedente el pago de los mismos**, cuando se prueba la mora injustificada por parte de la entidad pensional, pues la Ley 71 de 1988, también forma parte del antiguo régimen, que fue unificado en el de régimen de prima media con prestación definida y se halla incorporado igualmente, en el régimen de transición que trata la ley 100 de 1993, al referirse genéricamente a los sistemas anteriores, en el artículo 36 ibidem.

La anterior tesis no hacía parte del criterio jurisprudencial que contemplaba la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pues en su sentir los intereses moratorios del artículo 141 de 1993, únicamente procedían frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones (SL12962-2017-SL4404-2018, entre otras). No obstante, a partir de la sentencia **SL 1681 del 3 de junio de 2020**, La Corte replanteo su criterio señalando que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es clarificar y sentar pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición y que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, las cuales son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de ese sistema, refiriendo textualmente lo siguiente:

"El pago puntual de la pensión es un derecho que cuenta con sustento constitucional. Al respecto, el artículo 53 de la Carta Política enuncia dentro de los principios mínimos de la legislación social «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales».

La pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales. Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial en dos direcciones: primero, obliga al Estado y a las entidades de previsión, a reconocer y cancelar puntualmente la pensión, sin dilaciones o retardos injustificados; y, segundo, obliga a las entidades de seguridad social a reajustar las pensiones según el aumento en el costo de vida y la inflación.

*El mandato constitucional de garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las **pensiones legales**», no distingue entre los diferentes tipos de pensiones legales. En consecuencia, tanto un pensionado con base en las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como uno que lo fue en virtud del régimen de transición, tiene el poder jurídico de reclamar los intereses moratorios por el pago impuntual de su mesada pensional a la entidad que se atrase en su cancelación.*

Aunque existen notables diferencias normativas en los tipos prestacionales (L. 33 de 1985, L. 71 de 1988, A. 049 de 1990, art. 33 de la L. 100 de 1993, entre otras), ello no significa que solo los pensionados de un régimen legal específico sufran los perjuicios derivados de la mora en el pago de las mesadas, mientras que otros no*. Para todos ellos, la pensión representa su fuente de subsistencia y, desde este punto de vista, deben contar con un mecanismo legal que permita la reparación de los perjuicios ocasionados por el retardo en el pago de las mismas.*

Precisamente en aras de desarrollar a nivel legal el mandato constitucional de pago a tiempo de las pensiones legales, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 señala que, en caso de mora de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Al analizar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en sentencia C-601-2000, la Corte Constitucional sostuvo que el citado precepto no creaba privilegios entre grupos de pensionados que han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos, pues «la correcta interpretación de la norma demandada indica que a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente».

La anterior reflexión la comparte esta Corporación, dado que, desde el prisma de la igualdad de trato legal, no existe una justificación objetiva y razonable para dispensar un trato favorable a unos pensionados en detrimento de otros que se encuentran en las mismas circunstancias de hecho: la mora en el pago de su mesada pensional*. Por consiguiente, la fórmula adecuada para reparar el perjuicio causado por el retardo en la satisfacción de las pensiones legales debe ser el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único y universal denominado «sistema general de pensiones*». En este sentido, el artículo 15 del citado estatuto de seguridad social prescribe que son afiliados obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, sea que se incorporen por primera vez a la fuerza laboral o que estuvieran laborando con anterioridad.*

Ahora bien, frente a ciertos segmentos de la población que tuvieran una proximidad a pensionarse –por edad o tiempo de servicios– de acuerdo con las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización, y monto de la pensión, ***dejando claro que «las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (sic)».***

De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias especificas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la

pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones".

Así las cosas, y ante el nuevo criterio jurisprudencial anteriormente señalado, no cabe duda que le asiste a la actora el derecho al reconocimiento de los intereses moratorios pretendidos. En tal sentido, los artículos 9º de la Ley 797 de 2003 y 4º de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **Sin embargo, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que la accionante solicitó la revocatoria del Auto 00815 del 14 de abril de 2011, en el cual le fue suspendido el derecho pensional el **12 de mayo de 2011**, fecha para la cual ya cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, por lo que la entidad tenía hasta el 12 de septiembre de 2011, momento en que habían vencido los 4 meses, para reconocer la prestación favorablemente, situación que no hizo, en tal sentido los intereses moratorios correrán desde el **13 de septiembre de 2011** sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas y hasta que se haga efectivo su pago.

Indexación

En lo que respecta a la indexación, teniendo en cuenta que fueron reconocido el pago de intereses moratorios, se torna improcedente el pago a la indexación, al tener ambos conceptos efectos resarcitorios de la suma insoluta, tal como lo ha establecido la CSJ SL como en la sentencia SL 1039 del 27 de marzo de 2019, aunado que de las pretensiones de la demanda no se solicitó la indexación en relación a las diferencias de mesadas pensionales desde el 2015.

Prescripción

Por último, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, por cuanto el derecho se hizo exigible el 1° de mayo de 2007, la demandante reclamó inicialmente el derecho pensional el 7 de marzo de 2007, la cual se resolvió negativamente mediante en resolución 000809 del 21 de enero de 2008, interpuso

recurso de reposición que se resolvió mediante resolución 005299 el 6 de febrero de 2009, en la cual se le reconoció la pensión de vejez con fundamento en lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, posteriormente, dicha prestación fue anulada a través de Auto 00815 del 14 de abril de 2011, por lo que la actora comenzó a reclamar la restitución de su derecho a partir de la petición radicada el **12 de mayo de 2011**, solicitando además se tuviera en cuenta el régimen de transición, solicitud que se resolvió negativamente mediante resolución GNR 347957 del 9 de diciembre de 2013, interponiéndose recurso de reposición que se decidió en resolución GNR 323123 del 17 de septiembre de 2014, negándose nuevamente el derecho y el recurso de apelación fue resuelto con resolución VPB 49437 del 18 de junio de 2015, con la cual finalmente se reconoce la pensión de vejez al ser beneficiaria del régimen de transición, aplicándose lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, siendo con este último acto administrativo con el cual se agotó la vía gubernativa y la demanda se radicó el 6 de marzo de 2017 (fl.160), sin que de una fecha a otra superara los 3 años contemplados en el artículo 151 del CPTSS.

Costas

En cuanto a la absolución frente a las costas, cabe mencionar que la misma no es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio y presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada al pago de las mismas, no siendo dable analizar la buena fe de la entidad para ser eximida, pues dicha prerrogativa no se encuentra contemplada por la norma mencionada.

COSTAS

COSTAS en esa instancia estarán a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar reconocer la pensión por

aportes prevista en la Ley 71 de 1988, a favor de la demandante a partir del 1° de mayo de 2007.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia apelada, en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer las mesadas adeudadas entre el 1° abril de 2011 al 30 de abril de 2015, que corresponden a la suma de $140.882.759**.**

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de ORDENAR a COLPENSIONES reconocer las diferencias que existan entre la mesada reconocida en primera instancia correspondiente a $2.105.618,30 con las reconocidas por COLPENSIONES entre 2007 a marzo de 2011 y del 1° de mayo de 2015 a la fecha.

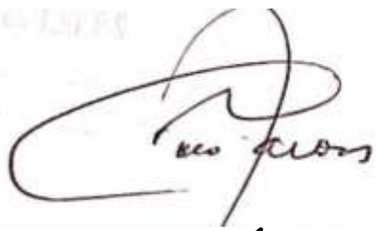
CUARTO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia apelada, en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES al pago de intereses moratorios desde el 13 de septiembre de 2011, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas y hasta que se haga efectivo el pago; y **ABSOLVER** a la demandada a que las sumas sean indexadas.

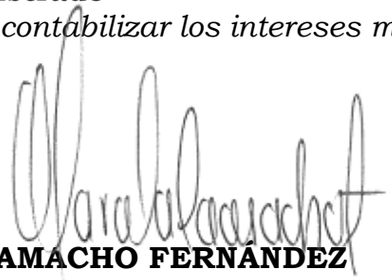
SEXTO: CONFIMAR en lo demás la sentencia apelada.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto parcial en la forma de contabilizar los intereses moratorios)

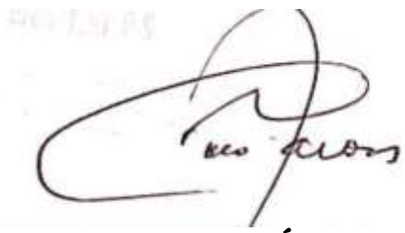


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Tabla de incrementos pensionales y retroactivo desde 01/04/2011 al 30/04/2015						
Año	**Desde**	**Hasta**	**Incremento**	**Valor de la Mesada**	**Mesadas por año**	**Valor Retroactivo**
2007	1/05/2007	31/12/2007		$ 2.105.618,30	Valores ya cancelados	
2008	1/01/2008	31/12/2008	5,69%	$ 2.225.428,00		
2009	1/01/2009	31/12/2009	7,67%	$ 2.396.118,00		
2010	1/01/2010	31/12/2010	2,00%	$ 2.444.040,00		
2011	1/01/2011	31/03/2011	3,17%	$ 2.521.516,00		
2011	1/04/2011	31/12/2011	0,00%	$ 2.521.516,00	10	$ 25.215.160,00
2012	1/01/2012	31/12/2012	3,73%	$ 2.615.569,00	13	$ 34.002.397,00
2013	1/01/2013	31/12/2013	2,44%	$ 2.679.389,00	13	$ 34.832.057,00
2014	1/01/2014	31/12/2014	1,94%	$ 2.731.369,00	13	$ 35.507.797,00
2015	1/01/2015	30/04/2015	3,66%	$ 2.831.337,00	4	$ 11.325.348,00
Valor del retroactivo pensional entre el 01/04/2011 al 30/04/2015						**$ 140.882.759,00**

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DARIO DE JESÚS PAREJA MESA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **DARIO DE JESÚS PAREJA MESA,** se **declare** que la nulidad de traslado efectuado el 15 de mayo de 1994 con la AFP PORVENIR, toda vez que la etapa precontractual no le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, en especial su situación personal y concreta, como consecuencia, se contraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado, se condene en costas y agencias en derecho; y se condene ultra y extra petita (fl.4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 6), señaló que se trasladó al fondo privado en la AFP HORIZONTE el 15 de mayo de 1994, que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna

acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, en especial no se le hizo un estudio de su afiliación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, que el señor EFRAÍN ELIECER CADRAZCO señaló que los asesores de la AFP HORIZONTE prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el régimen de ahorro individual que en el régimen de prima media, que es la AFP PORVENIR fue quien asumió HORIZONTE, por lo tanto, es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo, que nació el 7 de agosto de 1961, que la AFP PORVENIR le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida cotizando el 100% del tiempo, en el cual proyectó el valor de la mesada, para cuando cumpliera los 62 años de edad en la suma de $1.198.900, también le realizó otras simulación sin volver a cotizar arrojando una mesada de $1.106.900, que al realizarse la misma simulación en COLPENSIONES conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años, aplicando una tasa de remplazo del 78,45% obtendría una mesada de $2.377.332, que al compararse las simulaciones en los dos regímenes es ostensiblemente superior el reconocimiento pensional en el régimen de prima media con prestación definida, que solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES el 18 de octubre de 2017, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiera pronunciado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 5, 6 y 7; los cuales tiene relación a la fecha de nacimiento del actor y las simulaciones de proyección pensional que efectuó la entidad, dijo no ser ciertos los numerales 1 a 4 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 80 a 87).

COLPENSIONES contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto señaló ser ciertos los numerales 11 y 12, los cuales tienen relación a la reclamación presentada por el actor ante dicha entidad, en cuanto a los demás hechos manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria e innominada o genérica (fls. 107 a 116).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de septiembre de 2019 (CD – fl.168), **declaró** que el traslado que hizo el señor DARIO DE JESÚS PAREJA MESA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1° de junio de 1994 a través de la AFP PORVENIR es ineficaz y por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por tanto, se debe entender que jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida, **condenó** a PORVENIR a que trasfiera al régimen de prima media con prestación definida todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que sea dable descontar dineros que la administradora haya cancelado por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes, **condenó** a COLPENSIONES a recibir los dineros y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por la demandada y **condenó** en costas a PORVENIR en la suma de $1.690.000.

Fundamentó su decisión, la Juez hace una explicación sobre elección libre y voluntaria que trata el artículo 13 Literal B de la Ley 100 de 1993; haciendo referencia a la jurisprudencia emitida por la CSJ Sala de Casación

Laboral, considerando de lo analizado que esa decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria, no hace referencia única y exclusivamente a que se firme el formulario sin ninguna presión o fuerza, sino que va más allá, en el sentido de exigir que esa decisión se haya tomado precedida de una información que debe dar la administradora de fondos, además de que esa información vaya también en consonancia con lo previsto en el Decreto 663 de 1993, a fin de que se permita a través de elementos de juicio claros subjetivos escoger las mejores opciones del mercado, en donde se debe explicar no solamente las bondades del régimen de ahorro individual, sino que también debe contrastarse con el régimen de prima media, obligaciones que recaía en la AFP, por lo tanto, es quien tiene la carga de la prueba.

En cuanto al caso en concreto, refirió que analizadas las pruebas de la demanda encontraba que debía acceder a las pretensiones del líbelo demandatorio, por cuanto la AFP no cumplió con esa carga de la prueba, es decir, al no demostrar que el asesor o la persona que fue y abordó al demandante en su sitio de trabajo, haya cumplido con esa obligación, ese deber de cuidado de informar en detalle en lo que consistía el régimen de ahorro individual y la comparación que existía con el régimen de prima media, no se hizo el ejercicio de abordar de manera individual las situación del actor para el traslado, sino que se hizo una reunión general, manifestando el actor en su declaración que se le dijo que iba se iba pensionar con un mejor valor, lo cual coincide con lo dicho por el testigo que se escuchó a través de comisorio el señor FERNAN ELIECER CADRAZCO, quien afirmó que efectivamente trabajó y fue compañero del demandante, que el hecho de que el demandante hubiere manifestado en qué consiste los aportes voluntarios, no acredita la obligación de información, bajo esas consideraciones accedió a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación argumentando que, en cuanto a la fecha de afiliación, el fondo dio cumplimiento a la normativa que para el caso de la fecha regía que era el Decreto 692 de 1994, donde no existía la obligación de dar ningún soporte fisico de la afiliación. En cuanto al interrogatorio rendido por el actor éste refiere que conocía que la mesada

pensional iba a ser mayor, conocía de los ahorros voluntarios, dijo que en una conversación con los compañeros supo que a la edad de los 43 años podía retornar al ISS y no lo hizo, ni siquiera se acercó al Fondo averiguar qué información había sobre eso, existió un total desprendimiento por parte del accionante respecto de toda la información que pudiera concernirle en relación con la afiliación.

Respecto de las cuotas de administración, no comparte la tesis de la juez, toda vez que esta cuota de administración es el valor que se cobra por la labor de administrar la cuenta individual del afiliado, se generan unos rendimientos, y si se ordena la devolución de esta cuotas de administración, debe tenerse en cuenta que la administradora de fondos dio y generó unos intereses, por lo que debe ordenársele al demandante, devolver los rendimientos que tuvo su cuenta de ahorro, rendimientos que fueron generados por la gestión que la administradora ha realizado.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación, acotando que el error en un punto de derecho no visa el consentimiento, además la escogencia del Fondo fue de manera voluntaria y libre, en ese orden de ideas, no habría lugar a la ineficacia del traslado y, por lo tanto, tampoco había lugar a un nuevo traslado, ya que está en curso en una prohibición legal.

Debe tenerse cuenta que los dineros de COLPENSIONES son dineros del erario público que debe protegerse, y por eso solicita que en dado caso de que mantenga la sentencia, no solamente se obligue al fondo privado a devolver todos los dineros de aportes, gastos de representación y administración, sino cualquier tipo ganancial o rúbrica que haya recibido por parte de los aportes del señor Darío, ya que de no hacerlo sería premiar la mala fe del fondo privado y se generaría un enriquecimiento sin causa para la AFP.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante es ineficaz por

falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor DARIO DE JESÚS PAREJA MESA el 15 de mayo de 1994 (fl. 89), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A. efectuando cotizaciones a partir del 1° de junio de 1994 y donde se encuentra vinculado actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 23 de noviembre de 1982 a mayo de 1994, como se puede ver del detallado de

aportes obrante a folio 20 y el resumen de historia laboral emitido por ASOFONDOS (fl.92).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 89 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP PORVENIR S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que le ilustrara sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media, pues este deber también recaía a cargo de la AFP quien debió informarlo sobre dicha posibilidad y de los requisitos que debía cumplir para hacerlo, lo cual evidentemente no sucedió, de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple*

expresión genérica; ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

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

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021).

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al

RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Expresando en uno de sus últimos pronunciamientos, textualmente lo siguiente (SL 1467 de 2021):

> *"En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1217-2021, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan,* ***o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás****» (CSJ SC3201-2018).*
>
> *Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil, y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*
>
> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*
>
> *Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020)".

De ahí que no les asista razón a PORVENIR S.A. en lo dicho en su recurso, por cuanto la consecuencia jurídica al declarase la ineficacia del traslado conlleva a "*declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás",* lo que lleva consigo la devolución de trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de

seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

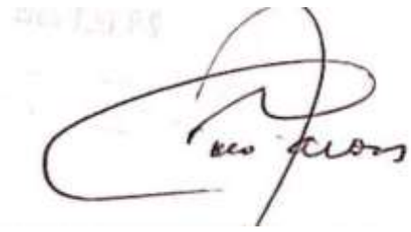
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

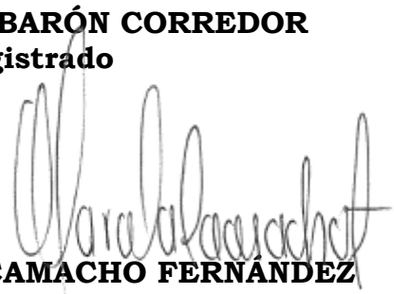
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

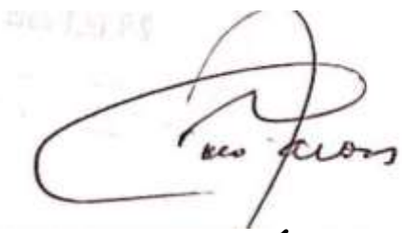


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de $ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISRAEL HERRERA GONZALEZ contra AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA, MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **ISRAEL HERRERA GONZALEZ** solicita se **declare** que existió una relación laboral con la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA desde el 15 de enero de 2001 al 8 de julio de 2010, se **declare** que la sociedad demandada no consignó de forma oportuna las cesantías que le correspondían generadas por la labor desarrollada en el año 2009, se **condene** a la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA a pagar la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y que dicha **condena** se extienda en forma solidaria a los socios MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN, se **declare** que la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA no pagó oportunamente la liquidación definitiva del contrato que concluyó el 8 de julio de 2010, que en razón a la mora se **condene** a las demandadas a la indemnización prevista en el artículo 65 del CST (fls. 10 a 11).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 11 a 12 del plenario en los cuales se señalaron; que se vinculó a la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA el 15 de enero de 2001, ocupando el cargo de guarda de seguridad contrato que finalizó el 8 de julio de 2010, que el salario que devengaba correspondía al SMLMV, que a la terminación del contrato la empresa no le pagó oportunamente la liquidación definitiva del contrato, tampoco consignó en un fondo las cesantías

correspondientes para el año 2009, que los señores MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN son socios de la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA según se desprende del certificado de cámara y comercio.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Los demandados AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA, MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN fueron notificados por la parte actora a través de correo certificado a la dirección que registra en el certificado de cámara y comercio, sin embargo, la empresa de correos certifica que la empresa ya no funciona allí, razón por la cual el Juez de primera instancia mediante auto del 17 de enero de 2014, ordenó el emplazamiento de las demandadas (fl.74). La Doctora TERESA RAMOS PARDO quien actuó en calidad de curador ad litem en representación de las llamadas a juicio dio contestación a la demandada ateniéndose a lo decidido por el despacho y no propuso excepción de fondo (fls. 128 a 130).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de julio de 2019, **declaró** la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y el demandado AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA entre el 15 de enero de 2001 al 8 de julio de 2010, en el cargo de guarda de seguridad y devengando un SMLMV por cada anualidad más auxilio de transporte, **absolvió** a las demandadas de las pretensiones incoadas y se **abstuvo** de condenar en costas **(**CD fl. 142).

Como **argumento de su decisión**, señaló la *a quo* que la parte actora pretendía el pago de la indemnización contemplada del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por el no pago o consignación oportuna de las cesantías correspondientes al año 2009, así mismo, solicitaba la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la liquidación final del contrato. En cuanto a la existencia de la relación laboral, indicó que obra dentro del proceso certificación en donde consta que la Directora de Talento Humano de la empresa demandada certificó que el señor ISRAEL laboró desde el 15 de enero de 2001 al 8 de julio de 2010, como guarda de seguridad, devengando 1 SMLMV más auxilio de transporte, de manera que teniendo en cuenta dicha documental debía declararse la existencia del contrato.

En relación a la sanción por no consignación a las cesantías reclamada, aduce la Juez que de acuerdo a las pruebas aportadas por la parte demandante existe una situación de indefensión, teniendo en cuenta que existe una certificación emitida por PORVENIR en donde se está dando a conocer que el 15 de febrero de 2011, el señor HERRERA efectivamente estuvo vinculado al fondo, estableciéndose que en el momento de la expedición la cuenta aparece en 0, siendo la empresa demandada quien realizó su último aporte. En relación a dicha certificación aduce la *a quo* que no se aportó por parte del actor un extracto en donde se pudiere observar qué tipo de consignaciones se hicieron a PORVENIR a su favor, contando con la posibilidad de hacerlo ya que podía pedirle al fondo que le expidiera el movimiento de su cuenta, pero solamente pidió una certificación de la cual no se podía evidenciar dicha información.

Sostiene que obra otra certificación expedida por ING, en la cual se señala saldo disponible 0 al 15 de febrero de 2011, que en el mismo documento se logra observar algunos de los movimientos efectuados por el actor, encontrando que hubo comisión por retiro a la cancelación de la terminación laboral, retiro parcial de cesantías, un pago parcial para mejora o liberación y que fue la demandada quien efectuó dichos pagos, por lo que al unirse las dos certificaciones quedaba claro que las cesantías del 2009 sí se pagaron, arguyendo la *a quo* que observaba inconsistencia por parte del demandante por cuanto decía que no se habían consignado en forma oportuna las cesantías, después había dicho que se pagaron completas y por último, en los fundamentos de derecho decía que se habían pagado hasta la fecha en que pagó, por lo que consideraba que lo que hubo fue una mora, compitiéndole a la parte demandante demostrar cuándo se produjo la misma, aspecto sobre el cual no contaba. Por consiguiente, consideró que no se cumplió con la carga de la prueba por parte del demandante para poder demostrar que efectivamente existió un incumplimiento en la consignación de cesantías del año 2009, que debieron ser consignadas antes del 15 de febrero de 2010, por ende, absolvió a la demandada a la sanción pretendida.

En relación con la indemnización del artículo 65 CST, sustenta que existe una situación similar por cuanto el actor solicita en la demanda se declare que la demandada no pago oportunamente la liquidación definitiva del contrato una vez concluyó el 8 de julio de 2010, pero en el relato de los hechos se dice que la demandada no pago oportunamente la liquidación definitiva (Hecho 4), lo que permitía concluir que no se estaba pidiendo la liquidación del contrato, siendo fehaciente el demandante en señalar que lo que no se hizo fue un pago oportuno, pero no indica

cuándo le pagaron, no siendo entonces posible ordenar el reconocimiento de lo pretendido.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación argumentando que la carga probatoria del demandante era demostrar los extremos del contrato y así se hizo, si bien era cierto dentro de las pretensiones como lo decía la juez se pretendía las indemnizaciones del art 99 de la ley 50 de 1990 y art 65 CST, sin que fuera posible aportar las pruebas señaladas por la *a quo* ya que las mismas no estaban en poder del demandante, sino de la parte demandada, sobre quien se hizo todas las gestiones de notificación en la dirección que aparece en cámara y comercio, sin entender por qué nunca se pudo hacer efectiva, de pronto algunas maniobras de la empresa que no quiso ser notificada, pero ello no implica que la carga de la prueba se la tengan que trasladar al demandante.

Insiste en que las estas pruebas nunca fueron demostradas porque nunca se liquidó el contrato de trabajo, ya que la empresa nunca lo llamó para pagarle la liquidación definitiva, refiere que si bien es cierto, no se expidió la certificación del fondo de cesantías de ese año fue por un olvido, correspondiéndole a la empresa que se hiciera presente en el proceso para que probará los hechos y al ser representada por una curadora ad litem la obligación era de ella de ubicar a la empresa y efectivamente traer los documentos probatorios en los que efectivamente se probará que no debía nada, por lo que al haberse invertido la carga de la prueba a la parte demandante, es la razón por la cual solicita se revoque la sentencia proferida y se acceda a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en este caso consiste en determinar si debe condenarse a la empresa demandada y solidariamente a sus socios a la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, por no cancelar oportunamente la liquidación final de prestaciones al momento de la terminación del contrato laboral y si debe reconocerse también a la sanción por no consignación a las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por haber omitido consignar las cesantías correspondientes al año 2009.

Existencia de la relación laboral

En el presente asunto quedó plenamente demostrada la existencia del contrato laboral, tal y como lo aduce el recurrente; y como lo tuvo por sentado la Juez de primera instancia, lo cual se probó con la certificación laboral expedida por la empresa demandada, en la que consta que el señor ISRAEL HERRERA GONZÁLEZ estuvo vinculado desde el 15 de enero de 2011 al 8 de julio de 2010, desempeñándose en el cargo de guarda de seguridad y devengando el salario mínimo legal vigente, más subsidio de transporte (fl.6).

Indemnización moratoria art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

Los argumentos expuestos por el *a quo* para negar la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se debió a que la parte actora no allegó pruebas con la cual se pudiere verificar si la empresa adeuda la liquidación final del contrato o si la misma se pagó inoportunamente, para resolver la controversia es claro que conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del CST al trabajador le incumbe únicamente demostrar la prestación personal del servicio, extremos y salario, para determinarse la existencia del contrato laboral, en caso de encontrarse demostrados dichos presupuestos le corresponde a la demandada probar que cumplió con sus obligaciones labórales, así pues; en el presente asunto se tiene que la parte actora en efecto cumplió con su deber procesal, no siendo dable entonces acarrearle obligaciones probatorias que no le correspondían y que estaban a cargo exclusiva de la parte demandada, quien en esta oportunidad se encuentra representada por curador ad litem, por no lograrse su ubicación para efectos de la notificación de la admisión de la demanda, evidenciándose que ello ocurrió porque no se encontró quien atendiera y porque la empresa se trasladó de domicilio como lo certificó la empresa de correos a folios 60 y 72, siendo deber de la empresa demandada actualizar las direcciones registradas en el certificado de cámara y comercio a fin de poder ser localizada a efectos de hacerla parte dentro de los proceso judiciales que se llevan en su contra y de esta manera fuera posible su defensa, por tales consideraciones no resulta acertado que se invierta la carga de la prueba al demandante.

Al revisarse el líbelo demandatorio, se tiene que la parte actor solicita se declare que la empresa demandada **no pagó oportunamente** la liquidación definitiva del contrato una vez concluyó en julio de 2010, por consiguiente, se condene a la indemnización del artículo 65 del CST *(pretensiones 4 y 5),* en el hecho 4 de la demanda aduce que a la

terminación de la relación laboral la empresa **no pagó oportunamente la liquidación definitiva del contrato de trabajo**, como bien se puede ver la parte actora en efecto no reclama la liquidación final del contrato, sino lo que reclama es la mora en su pago, pues así se deduce de la demanda, incluso dentro de las pretensiones no solicita dicho concepto, si bien en el recurso interpuesto manifiesta que no le fue cancelada la liquidación, resulta ser una pretensión sobreviniente por lo que no sería dable ordenarse condena, pues la misma no hizo parte de litigio, por lo tanto, la Sala únicamente se pronunciará sobre la moratoria solicitada. Ahora, si bien no se cuenta con el comprobante de pago de la liquidación final de prestaciones a fin de establecer cuanto tiempo estuvo en mora la empresa demandada o si aún persiste la misma, es un aspecto que como bien se ha dicho le correspondía acreditar a la llamada a juicio, de manera que, al no contarse con la misma se entiende que la mora aún persiste.

Debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido que a fin de establecer si el empleador desplegó actos de buena fe es **al momento de la finalización del contrato de trabajo**. También ha dicho que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, indispensable la verificación de *«[…] otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (SL14152-2017 y SL 2714/2020)

Teniendo en cuenta que no obra prueba sumaria que certifique que la empresa demandada en efecto pagó de manera oportuna la liquidación final de prestaciones al momento de la terminación del vínculo laboral, como tampoco obra justificación de su actuar, tales conductas da lugar a la indemnización solicitada en la suma de **$17.166,66** pesos diarios a partir del 9 de julio de 2010, teniendo en cuenta que el último salario devengado por el demandante correspondió al SMLMV y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que sé efectué el pago total de las acreencias adeudadas, teniendo en cuenta que la demanda se presentó después de los 24 meses de finalizada la relación laboral.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, establece que la falta de consignación de una anualidad de

cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores, en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial vigente para el momento de la causación y hasta cuando haya incumplimiento por segunda vez.

Solicita el actor se reconozca dicha sanción por cuanto la empresa demandada no consignó en un fondo las cesantías correspondientes al año 2009, como prueba de su dicho aportó dos certificados, el primero; expedido por la AFP PORVENIR quien certifica que el demandante se encuentra afiliado a dicho fondo con un saldo en 0, siendo la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA quien realizó su último aporte, documento que fue expedido el 15 de febrero de 2011 (fl.7) y el segundo; emitido por ING PENSIONE Y CESANTÍAS en donde consta movimientos y saldos de las cesantías del actor, de los dos documentos allegados en efecto no se logra evidenciar cuáles cesantías fueron consignadas por la empresa demandada, pues tan solo se evidencia los retiros realizados por el demandante, pero no se indican las fechas, empero como sucedió con la indemnización moratoria, la carga de la prueba recaía en la demandada, quien debía haber demostrado que en efecto consignó las cesantías del año 2009, que son las que reclama el actor, por lo que al no contarse con dicha constancia se entiende que no fueron consignadas al 14 febrero de 2010, momento en que tenía la obligación de hacerlo, por lo tanto, dicha sanción corre desde el 15 de febrero de 2010 al 8 de julio de 2010, momento en que finalizó el contrato para un total de **$2.454.833.**

Responsabilidad solidaria.

Solicita el demandante se condene solidariamente a los señores MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN quienes constan como socios de la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA como aparece registrado en el certificado de existencia y representación legal la empresa (fls. 3 a 5), petición que resulta aplicable como lo ha sostenido la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL9681-2017, reiterada en sentencia SL 3012 de 2021, en los siguientes términos:

> "*De otro lado, el Tribunal después de tener como socias a las codemandadas, definió jurídicamente que la solidaridad de las sociedades por obligaciones*

laborales está regulada para el sector oficial por los artículos 6 y 7 del Decreto 2127 de 1945, cuyo contenido en nada difiere de lo previsto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo aplicable a los trabajadores particulares, y por ende bajo cualquiera de estos preceptos legales se deriva la responsabilidad de los socios en las sociedades de personas, entre ellas las de responsabilidad limitada, para que respondan solidariamente por las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, hasta el límite de responsabilidad de cada socio; inferencias o razonamientos de puro derecho que no se atacaron en sede de casación y que siguen soportando la condena por solidaridad, pues en el recurso extraordinario lo que se trató de acreditar era que las accionadas no tenían esa calidad de socios de la empresa empleadora, por no existir prueba solemne de ello, lo cual no se logró demostrar, y en tales circunstancias se mantiene inmodificable la sentencia impugnada".

Por lo anterior, se **revocará parcialmente** la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

Costas en ambas instancias a cargo de MISAEL BEJARANO SUTACHÁN, JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN y la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

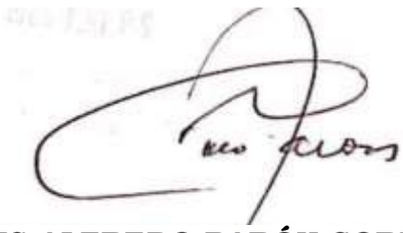
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **CONDENAR** a AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA y solidariamente a MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN a las siguientes sumas y conceptos:

- **Indemnización moratoria artículo 65 del CST:** la suma de $17.166,66 pesos diarios a partir del 9 de julio de 2010 y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que sé efectué el pago total de las acreencias adeudadas.
-**Sanción por no consignación a las cesantías:** la suma de $2.454.833.

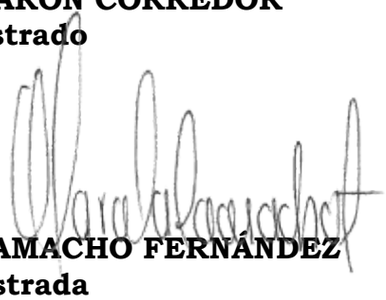
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la empresa AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA, MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

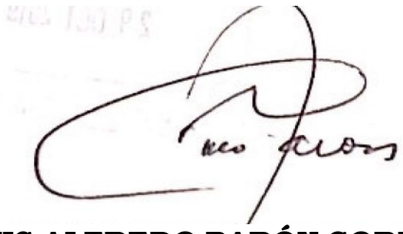


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA, MISAEL BEJARANO SUTACHÁN y JOSÉ ANTONIO BOHÓRQUEZ SUTACHAN en la suma de $900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIAN ANDRÉS BAUTISTA contra ANIKO SAS, TAMPA CARGO SAS Y AVIANCA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FABIAN ANDRÉS BAUTISTA,** se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con ANIKO SAS del 1° de diciembre de 2011 al 10 de marzo de 2015, el cual culminó por justa causa imputable al empleador, que el salario realmente devengado correspondía a la suma de $1.758.349 y que las demandadas con solidariamente en el pago de las condenas que se llegaren a imponer. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a las demandadas al pago de horas extras diurnas, dominicales y festivas, primas, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de las cesantías, vacaciones, indemnización por despido, indemnización moratoria, reembolso por los pagos que tuvo que realizar por concepto de aportes a la seguridad social integral, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 102 a 108).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 96 a 102), señaló que el 1° de diciembre de 2011 celebró con ANIKO SAS un contrato de trabajo verbal a término indefinido, la cual culminó el 10 de marzo de 2015 por hechos y circunstancias imputables al empleador. Refiere que cumplía un horario de 7 am a 5 pm de lunes a viernes y sábados de 7 a 10 am, al igual que lunes, miércoles y viernes también laboraba de 5 a 10 pm y sábados de 10 am a 7 pm, junto con los domingos y festivos de 7 am a 5 pm. Sostiene que devengaba un salario básico de $1.000.000, debiendo recibir además lo relacionado con el trabajo suplementario, lo cual equivalía a la suma de $758.349, de ahí que el salario que se debe tener en cuenta a efectos de liquidar las prestaciones sociales y demás acreencias es la suma de $1.758.349. Expone que realizaba funciones propias del cargo de electricista, bajo las directrices y órdenes del jefe de operaciones de ANIKO SAS, sociedad que además, durante la relación laboral no le entregó un comprobante de nómina. Menciona que ANIKO SAS fue contratista permanente de TAMPA CARGO SAS y AVIANCA S.A. quienes eran los dueños y beneficiarios de las obras. Aduce que de diciembre de 2011 a febrero de 2013, ANIKO SAS no pagó los aportes al sistema de seguridad social integral, obligándolo a cotizar como si fuera un trabajador independiente, pues solo hasta marzo de 2013 la empresa empezó a efectuar las cotizaciones al sistema pero por un IBC inferior al que le correspondía. Afirma que la demandada no le pagó el valor del trabajo suplementario, primas, cesantías e intereses sobre las mismas como tampoco le concedió vacaciones, pues solo hasta diciembre de 2014 se las otorgó solo por 6 días hábiles. Indica que los constantes incumplimientos de empleador tales como exceso de trabajo mal remunerado y ausencia del pago del trabajo suplementario, entre otros, lo llevaron a dar por terminado el contrato de trabajo, a loque el 10 de marzo de 2015 presentó carta de renuncia. Finalmente, señala que para los años 2011 a 2015, ANIIKO SAS era contratista de TAMPA CARGO y AVIANCA, a lo que él prestó los servicios como técnico eléctrico en aeropuertos de varias ciudades del país en donde se realizaban obras cuyos dueños eran las sociedades demandadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ANIKO SAS contestó la demanda (fls. 150 a 156), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 21, 40, 41, 44 y 45 parcial y 46 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y buena fe.

AVIANCA S.A. y TAMPA CARGO SAS contestaron el introductorio (fls. 405 a 416 y 475 a 486), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, los niegan y no le constan en su totalidad. Formularon las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad, buena fe, prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

De otro lado, en autos del 27 de octubre y 11 de noviembre de 2016 (fls. 515 y 519), se admitió el llamamiento en garantía respecto de **LIBERTY SEGUROS S.A.** quien contestó el libelo (fls. 528 a 545 y 602 a 612), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de cobro de lo no debido – restricción de la póliza, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad del garante por vigencia de la póliza, ausencia de responsabilidad solidaria, buena fe, prescripción y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de noviembre de 2018 (CD – fl. 748), **declaró** no probada la tacha de imparcialidad del testimonio de ANA YOLIMA PARRA CASTELLANOS, **declaró** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y ANIKO SAS el cual lo fue a término indefinido del 1° de diciembre de 2011 y a partir del 8 de enero de 2014 a término fijo a un año hasta el 9 de marzo de 2015, desempeñando el cargo de técnico electricista y que culminó por renuncia del trabajador, devengado los siguientes salarios 2011: $535.600, 2012 y 2013: $600.000, 2014: $700.000 y 2015: $750.000, **condenó** a ANIKO SAS a pagar las siguientes sumas y conceptos: cesantías $2.090.466,66, intereses a las cesantías $48.682,5, vacaciones debidamente indexadas $1.229.000, prima de servicios $2.045.833,33, diferencia de los aportes a seguridad social en pensión a PORVENIR de

marzo de 2013 a marzo de 2015, sanción Ley 50 de 1990 $23.116.666,67 e indemnización moratoria en razón de $25.000 diarios hasta por 24 meses contados desde el 9 de marzo de 2015 hasta el 9 de marzo de 2017 $18.000.000 y a partir del mes 25, deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera y hasta cuando se verifique el pago, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción e inexistencia de las obligaciones propuestas por ANIKO SAS, **declaró** probada la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad propuestas por AVIANCA y TAMPA CARGO y en consecuencia, las **absolvió** de las pretensiones de la demanda y en cuanto a la llamada en garantía, declaró probada la excepción de ausencia de responsabilidad solidaria y **condenó** en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $3.000.000.

Fundamentó su decisión, (en lo referente al salario, trabajo suplementario y solidaridad que son los puntos materia de apelación), que de las pruebas allegadas tales como los aportes a seguridad social y el contrato de trabajo, sin que se puedan tener en cuenta los extractos allegados en tanto en estos no obran pagos por nomina máxime si el actor en su interrogatorio señaló que el pago se hacía en efectivo y fraccionado, que el salario devengado para los años 2011 a 2013 ascendió el mínimo legal mensual vigente, 2014 $700.000 y 2015 $750.000. Sobre el trabajo suplementario, sostiene que del reporte que del mes de junio de 2012 se hace a la ARL POSITIVA, se indica que labora solo de lunes a viernes de 8 am a 6 pm, es decir, un horario diferente al que se indica en la demanda, a más que ese formulario está firmado por el actor y no fue controvertido en el proceso, ahora si bien la demandada fue declarada confesa dada su inasistencia al interrogatorio de parte, lo cierto es que tal presunción se desvirtúa con lo dicho por el actor en su interrogatorio quien señala que trabajaba después de las 5 pm 2 o 3 veces por semana, mientras que en la demanda señala que era lunes, miércoles y viernes, como tampoco indica los días exactos e incluso en el interrogatorio manifestó que oportunidades empezaban a laborar a las 5 pm y llegaban a las 6 am del día siguiente, hecho este que no se indicó en la demanda, al igual que en esta indica que laboró todos los domingos y festivos del mes, todo el día, pero en el interrogatorio advierte que

descansaba cuando trabajaba los domingos hasta medio día, presentándose una contradicción en su dicho máxime si no todos los meses tienen festivos, sumad a que en los contratos de 2014 y 2015 se señala que el trabajo suplementario debía ser autorizado por el empleador, sin que exista prueba de esa autorización, sin que pueda tomarse como prueba lo dicho en el interrogatorio en la medida que no puede constituir su propia prueba, a más, que no le es dable al juez establecer qué número de días y horas laboró, más aún cuando en la demanda no se especifican tales aspectos, a lo que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser clara y precisa, sin que el juzgador pueda hacer cálculos o suposiciones para deducir el número de horas extras trabajadas y por ende, se establece como salario para 2011 el mínimo, 2012 de $600.000, 2013 $600.000, 2014 $700.000 y 2015 $750.000. Frente a la responsabilidad solidaria, sostiene que de acuerdo al artículo 34 del CST y lo dicho por la Corte, dicha solidaridad exige que las actividades que despliegue uno y otro tengan el miso giro ordinario y normal, es decir, correspondan en su objeto social, pues no se se trata que el empleador o contratista cumplan idénticas labores pero tampoco que cualquier permita el pago de las obligaciones laborales y es así como el artículo 34 del CST precisó que las tareas deben coincidir con el fin o propósito necesario para el contratista es decir, que sea afines. Expone que para determinar la solidaridad se debe tener en cuenta no solo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad desarrollada por el trabajador. Menciona que teniendo en cuenta los objetos sociales de las empresas, encuentra que se señala por el demandante que las labores que realizaba en favor de AVIANCA y TAMPA tenían una relación directa en la prestación del servicio que prestan dichas empresas, por cuanto el servicio eléctrico es esencial, sin embargo, como lo dijo la Corte Suprema no es cualquier relación, pues si se va a hablar del servido eléctrico, absolutamente todas las empresas del país requieren redes eléctricas, incluso las familia. Aduce que el objeto social de AVUANCA y TAMPA es básicamente el transporte aéreo y si bien en el caso de AVIANCA se dice que realizar construcción de bienes, lo cierto es que a ANIKO no se le contrató para construir, sino para hacer una labor de mantenimiento, e incluso en las ordenes de servicio se habla de acometidas eléctricas de red de emergencia de Tumaco del 11 de setiembre de 2014 con fecha de entrega

3 de julio de 2015, como también otra orden de servicios de TAMPA CARGO relacionada con las adecuaciones eléctricas del aeropuerto de Barranquilla, lo que denota que no tiene ningún vínculo directo con el objeto social de las demandadas, a más, que no se probó que en esas órdenes de servicio enunciadas haya prestado los servicios, como tampoco se probó si las demás labores ejecutadas en virtud del contrato con ANIKOS también lo fueron a favor de estas.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que sin perjuicio a que le asiste razón al despacho por cuanto las certificaciones que se aportaron a diferentes fondos datan de valores diferentes a los que aparece en la demanda y si bien se adujo que el salario básico era de $1.100.000, eso no puede ser suficiente para establecer lo que realmente versa en el plenario como prueba referente a que su salario era mayor, pues pese a que no se pudo comprobar mediante testimonio la existencia de labores suplementarias a su horario el cual se determinó de 8 am a 5 pm, tampoco se desvirtuó por parte de las demandadas, quienes aducen que no les consta esos hechos, por lo que entiende que esa decisión no fue tomada de acuerdo al acervo probatorio que obra en el expediente. En cuanto a la responsabilidad solidaria, indica que la decisión adolece de un desconocimiento de lo que la jurisprudencia ha dicho al respecto, pues del objeto social de AVIANCA y TAMPA CARGO se desprende que este no está limitado solo al transporte aéreo de pasajeros o de carga. Indica que la corte dice que para la determinación de la figura de la solidaridad se puede tener en cuenta la actividad especifica desarrollada por el trabajador y no solo el objeto social del contratista. Considera que en este caso las demandadas hubieran podido desarrollar la actividad directamente pero decidieron a su arbitrio contratar a un tercero que fue ANIKO para que adelantara la actividad. Menciona que la actividad del trabajador debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la solidaridad, en la medida que se puede considerar que si la actividad no es ajena al beneficiario de la obra y es ejecutada por la celebración de un contrato con ese particular, no limita las posibilidades para que ese beneficiario se haga responsable de las obligaciones laborales que surgen respecto del trabajador. Finalmente, afirma que debe tenerse en cuenta que la actividad de electricidad es del giro ordinario de los

negocios de las demandadas y en este caso bajo la subordinación del contratista independiente se elaboró un trabajo que no es ajeno al dueño de la obra.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, cuál era el salario realmente devengado por el demandante, si devengó horas extras, dominicales y festivos y si AVIANCA S.A. y TAMPA CARGO SAS son solidariamente responsables del as condenas impuestas a ANIKO SAS.

En cuanto a la existencia del contrato de trabajo con ANIKO SAS y las condenas impuestas a esta derivadas de la relación laboral, la Sala no se pronunciará como quiera que ninguna de las partes presentó reparo alguno al respecto.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral declarada por el a quo en la sentencia primera instancia, en la que dijo que entre el señor FABÍAN ANDRES BAUTISTA y ANIKOS SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de diciembre de 2011 y a partir del 8 de enero de 2014 a término fijo a un año hasta el 9 de marzo de 2015, desempeñando el cargo de técnico electricista

Salario

Señaló el a quo en el proveído apelado, que el salario del demandante correspondió a: 2011: $535.600, 2012 y 2013: $600.000, 2014: $700.000 y 2015: $750.000.

De las pruebas aportadas al proceso, concretamente las planillas aportes a la seguridad social de folios 28 a 35, junto con la documental de folios 161 a 173, se tiene que el IBC sobre el cual se efectuaban los aportes a seguridad social del accionante para los años 2011 a 2013 correspondía al mínimo

legal mensual vigente, sin que en el plenario exista prueba alguna que devengaba un salario superior a este y si bien en la demanda señala que devengaba un básico de $1.000.000 para luego en el interrogatorio indicar que este era de $1.100.000, lo cierto es que tales afirmaciones carecen de sustento probatorio.

Lo mismo ocurre con los años 2014 y 2015, en los que según los contratos celebrados entre las partes para esas anualidad, se pacto un salario de $700.000 y $750.000 respectivamente, sin que se haya demostrado que devengara uno superior.

Conforme a ello, es claro que los salarios que el a quo indicó devengó el demandante durante la relación laboral que lo unió a ANIKOS SAS se encuentran ajustados a derecho, habida cuenta que el accionante no probó que devengara las sumas que adujo en la demanda como en el interrogatorio de parte y si bien para los años 2012 y 2013 el juzgador señaló que el salario correspondía a $600.000 cuando en realidad este ascendía al mínimo legal mensual vigente, lo cierto es que se dejará suma establecida por aquel, ya que al ser el demandante el único apelante, no sele puede hacer más gravosa su situación.

Trabajo suplementario – horas extras, dominicales y festivos

Afirma el demandante que tenía un horario de 7 am a 5 pm de lunes a viernes, sábado de 7 am a 10 am, al igual que los días lunes, miércoles y viernes, laboraba también de 5 pm a 10 pm y los sábados de 10 am a 7 pm, como también trabajaba todos los domingos y festivos del mes.

Sobre el tema, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, MP: GERARDO BOTERO ZULUAGA, señaló:

> *"Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar*

el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia."

Revisadas las pruebas allegadas y recaudadas, se observa que no existe prueba que el actor haya laborado horas extras, dominicales y festivos, pues solo se tienen las afirmaciones hechas proel demandante tanto en la demanda como en el interrogatorio, las cuales, sea de paso advertir se tornan contradictorias en la medida que en el interrogatorio dice que a veces laboraba dos o tres veces a la semana después de las 5 pm, cuando en la demanda fue enfático en que eran todos los lunes, miércoles y viernes del mes, aunado a ello también señaló que en algunas oportunidades su jornada empezaba a las 5 pm y culminaba a las 6 am, es decir, un horario diferente al indicado en el libelo, adicional que en afirmó que los únicos descansos que tenía era cuando trabajaba los domingos hasta medio día, mientras que en el introductorio refiere que era hasta las 7 pm.

Siendo ello así, es evidente que el demandante no probó que hubiere laborado horas extras, dominicales y festivos, pues a simple vista se observa las contracciones que sobre el horario tiene, lo que denota que ni el mismo tiene certeza de las horas trabajadas, al punto que tampoco se demostró los días exactos en que laboró horas extras, además de los horarios concretos; sin que se pueda tener por demostrado con las manifestaciones hechas en la demanda como en el interrogatorio, pues, como se dijo, estos resultan contradictorios entre sí.

Ahora, si bien el apelante se duele en el sentido que las demandadas sobre este punto al contestar la demanda, señalaron que no les consta; ello no implica *per se,* que se tenga por probado el trabajo suplementario, en tanto para proferir condena sobre estos tópicos se requiere certeza absoluta de los días laborados, cuando fue su periodo de vacaciones o si existieron licencias o incapacidades, pues no puede la Sala efectuar cálculos de manera general, luego no bastaría con tener por cierto que se laboraron la horas a las que hace alusión el demandante, cuando tampoco se probó si estas fueron continuas durante toda la vigencia de la relación laboral.

Solidaridad

Al respecto, se tiene que el artículo 34 del CST señala:

> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores."*
>
> *"2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."*

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7789-2016, expresó:

> *"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan* ***correspondencia*** *en su objeto social."*
>
> *"No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente)* ***cumpla idénticas labores*** *a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."*

De la documental obrante en el proceso, se tiene que a folios 417 a 432 y 487, obran órdenes de compra para los periodos de 11 y 15 de septiembre de 2014 y 12 y 27 de marzo de 2015, mediante las cuales AVIANCA contrata los servicios de ANIKOS SAS para ejecutar trabajos en diferente partes del país, relacionados con la acometida eléctrica, tomacorrientes industriales, ventiladores y adecuación eléctrica.

De los cuales, el actor solo pudo estar en los que se llevaron a cabo en septiembre de 2014, como quiera para marzo de 2015 se encontraba retirado de sociedad demandada, pues su renuncia data del 9 de marzo de esa anualidad,

Ahora, revisado los certificados de existencia y representación legal de las demandadas, en lo que tiene que ver con ANIKOS SAS, se tiene que el objeto social de esta se circunscribe a el diseño, montaje de redes eléctricas y cableado estructurado, así como el mantenimiento eléctrico a planta física suministrando todos los materiales, elementos e implementos necesarios que permitan realizar labores como obras civiles, redes de cableado estructurado con personal idóneo, como también podrá realizar servicios de aseo y jardinería e instalaciones para tal fin, contratar directamente o subcontratar terceros para realizar las diferentes funciones relacionadas con el objeto social, mantenimiento locativo integral, sanitario, cerrajería, carpintería, adecuación de las instalaciones y suministrar los materiales necesarios que permitan realizar labores como obras civiles, mantenimiento de fachadas, elaboración de planos arquitectónicos y para ello podrá llevar a cabo actividades civiles, comerciales, judiciales y administrativos necesarios para la prestación de dichos servicios en los que se tendrá en cuenta la consultoría y tramitación requerida interna o internacionalmente pudiendo celebrar acuerdos con entidades en el extranjero que presten servicios complementarios para la realización de actividades en el exterior porque sea así requerido.

En cuanto a AVIANCA, su objeto social data de la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas las ramas incluidos servicios postales en todas sus modalidades y servicios relacionados con las aplicaciones comerciales de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios, terrestre en todas su ramas, marítimo en todas sus ramas, multimodal y servicios de ingeniería y mantenimiento, entrenamiento y apoyo que se requiera en las modalidades de transporte de acuerdo con las leyes vigentes, al igual que podrá ocuparse de negocios de construcción de aeropuertos y otras instalaciones necesarias para la navegación aérea, revisión y mantenimiento de aeronaves y vehículos

terrestres, accesorios, compra y venta de combustible para estas aeronaves, el fomento de empresas dedicadas al turismo, seguros de aviación, adquisición y construcción de inmuebles como la enajenación de las que no requiera, importación, distribución, venta, ensamble y exportación de maquinaria y vehículos y materias primas cuando dichos elementos estuvieren destinados al transporte aéreo o terrestre como accesorio de aquel o mantenimiento de duchos equipos, tomar en arrendamiento bienes muebles o inmuebles que se requieran y dar en arrendamiento aquellos que no necesita para su funcionamiento, entre otros.

Respecto a TAMPA CARGO SAS, la misma tiene por objeto la explotación comercial de transporte aéreo en todas su ramas, pasajeros, servicios, postales en todas su entregas de envíos urgentes por avión, correspondencia tanto a destinos nacionales como internacionales y servicio de mensajería exprés, así como lo relacionado con los servicios aeronáuticos y aeroportuarios, con la utilización de rutas y frecuencias nacionales e internacionales administradas por la aeronáutica especial utilizando equipos propios de servicios de ingeniería y mantenimiento, entre otros.

Conforme a ello, es claro para la Sala que en el presente asunto no se encuentra demostrada la solidaridad deprecada, toda vez el adecuamiento y acometidas eléctricas y demás trabajos relacionados con la electricidad, no hacen parte del giro ordinario de los negocios de las accionadas, cuyos objetos sociales principales datan del transporte aéreo.

Ahora, si bien en algún momento se puede requerir el servicio, ello es algo ocasional y hace parte del mantenimiento que de las instalaciones y aeropuertos efectúen las empresas, sin que por ello se pueda inferir que se dedican a eso.

Aunado a lo anterior, no se probó que durante la vinculación del accionante con ANIKOS SAS este haya prestado sus servicios a AVIANCA y TAMPA, pues no se aportaron órdenes de compra o contratos suscrito entre estas como para inferir que en efecto el accionante ejecutó sus labores en virtud de esa contratación y la única que se aporta, data de septiembre de 2014, de la cual tampoco se tiene certeza si el accionante participó en ella.

De otro lado, cabe precisar que tampoco se probó que tipo de trabajos eran los que realizaba el accionante en AVIANCA y TAMPA como beneficiarias de la obra, a fin de establecer si estos hacían parte del giro normal de los negocios de esta, máxime si, como se dijo, no se probó cual fue la obra para la cual se contrató a ANIKOS y en la que el accionante hizo parte; de ahí que no haya lugar a declarar la solidaridad deprecada.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

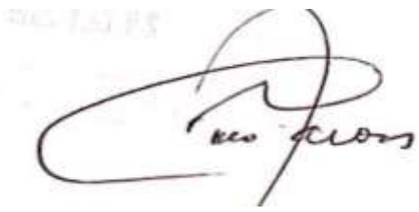
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

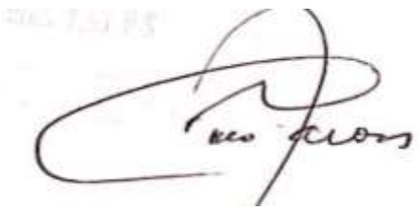
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del accionante, la suma de $300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS RAÚL MELO RAMÍREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CARLOS RAÚL MELO RAMÍREZ,** se **ordene** a OLD MUTUAL autorice su traslado a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a la AFP traslade la totalidad del ahorro depositado en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, más los rendimientos y se les **condene** a las demandadas al pago de las costas del proceso (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 y 4), señaló que en la actualidad es cotizante activo de la AFP OLD MUTUAL antes SKANDIA en el sistema alternativo de ahorro individual. Refiere que el 29 de septiembre de 2015 presentó la documentación requerida para su afiliación a COLPENSIONES. Sostiene que el 30 de septiembre de 201, COLPENSIONES le contesta que su solicitud no ha sido aceptada por la AFP, bajo la causal "*traslado rechazado por afiliación ilegible".* Expone que COLPENSIONES el 3

de diciembre de 2015 le notificó a su empleador SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ que dicha solicitud había sido negada. Menciona que el 11 de diciembre de 2015 elevó derecho de petición ante OLD MUTUAL para que se le autorizara el traslado de régimen, a lo que dicho fondo el 7 de enero de 2016, le contestó que el traslado no era viable por cuanto solo podía efectuarse en los términos del Decreto 876 de 1994. Finalmente, manifiesta que no es beneficiario del régimen de transición, por lo que le es aplicable el artículo 2° de la ley 797 de 2003 y la sentencia SU 130 de 2013.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

OLD MUTUAL contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 54 a 66). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5 y 6 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 127 a 132), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 5 y 6 y acepta los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de septiembre de 2019 (CD – fl. 166), **declaró** que el demandante tiene derecho al traslado del RAIS al RPM, **ordenó** a COLPENSIONES emitir la solicitud de traslado de régimen a OLD MUTUAL quien deberá autorizarlo y devolver a aquella todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, así como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, **ordenó** a COLPENSIONES a afiliar nuevamente al accionante al RPM y recibir y recibir las cotizaciones provenientes de OLD MUTUAL a partir del 29 de septiembre

de 2015, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que el demandante tiene derecho a trasladarse del RAIS o de los fondos alternativos de pensiones al RPM, toda vez que después de su traslado inicial al RAIS, permaneció allí por más de 5 años y solicitó el traslado al régimen de prima media el 21 de septiembre de 2015, fecha en la que contaba con 50 años, es decir, le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión, de ahí que tal solicitud debió ser aceptada por COLPENSIONES, sin que sea dable que las accionadas se excusen en la ilegibilidad del formulario de afiliación y mucho menos por pertenecer a un fondo alternativo de pensiones, en tanto no se le puede perjudicar por trámites administrativos que deben corroborarse entre administradoras, pues esos planes de alternativos de pensiones permiten la movilidad entre administradoras y aseguradoras, en los que separan los dineros de capitalización y seguros, al igual que debe tenerse en cuenta que esos planes no son un régimen pensional propiamente dicho, sino un plan alternativo de ahorro que no puede obstaculizar el traslado entre regímenes, luego la demandada no podía negar el traslado valiéndose de argumentos sin soporte jurídico, legal y constitucional, concluyendo que se debe ordenar el traslado de régimen.

APELACIÓN

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien en la respuesta dada inicialmente por COLPENSIONES al demandante se dijo que el traslado se negaba por ilegible, lo cierto es que en la mayoría de los casos se pone esa causal cuando realidad lo que se trata es negar el traslado por hacer parte del régimen alternativo de pensiones. Indica que al negarse la solicitud, no se coartó ningún derecho fundamental del accionante como la libre escogencia de régimen, todas vez que las leyes que rigen los fondos de pensiones y los regímenes pensionales son diferentes, de ahí que no sea lo mismo las normas que rigen para el traslado de regímenes pensionales, como aquellas que rigen el fondo alternativo de pensiones y en ese sentido, debe tenerse en cuenta lo normado en el decreto 2155 de 2010 y por ende, cuando decide trasladarse de un fondo a otro, solo podrá hacerlo entre fondos

alternativos y no podrá hacerlo nuevamente al fondo obligatorio, de lo cual se le informó al demandante. Finalmente, aduce que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, el fondo solo debe devolver lo que obre en la cuenta de ahorro individual, pues este caso no trata de retrotraer los efectos.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión** señalando que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema, pues la Corte Constitucional en lo que al periodo de carencia se refiere, ha indicado que el objeto perseguido con el periodo de carencia consiste en evitar la descapitalización de RPM, si se permitiera que las personas que no han contribuido a un fondo común y que no fueron tenidas en el cálculo actuarial de las sumas que se presentaran en el futuro pago de pensiones y su reajuste periódico pudieran trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos a cumplir con los requisitos de la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y en este caso, el demandante ha efectuado aportes en el RAIS por más de 20 años e incluso en el 2007 decide pasarse al fondo alternativo de pensiones, conociendo todo lo que ello implicaba incluso, que no podía cambiarse al RPM, por lo que no es justo que por su conveniencia individual, trate de trasladarse de régimen y descapitalizar el sistema.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a trasladarse del RAIS al RPM, pese a que se encuentre afiliado al fondo alternativo de pensiones.

Traslado de régimen

No es tema de controversia, que el demandante estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES donde cotizó interrumpidamente del 1° de enero de 1995 a 31 de octubre de 1997 (fls. 133 a 135). Posteriormente, en octubre de 2007 se afilió al RAIS a través de SKANDIA hoy OLD MUTUAL donde se encuentra en la actualidad (fl. 11) y en igual sentido, el 3 de noviembre de 2009 se afilió al fondo alternativo de pensiones a través de dicha AFP.

De otro lado, el 29 de noviembre de 2015 (fl. 14), cuando contaba con 50 años de edad, solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPM, el cual le fue negado por esta en misiva del 30 de noviembre de 2015, por la causal "*traslado rechazado por afiliación ilegible"* (fl. 15).

Luego, el 11 de noviembre de 2015 (fl. 20 a 23), el actor solicitó a OLD MUTUAL autorizara su traslado a COLPENSIONES, a lo que ésta, el 7 de enero de 2016 (fl. 24), contestó la solicitud, negándola bajo el argumento que de conformidad con el artículo 10° del Decreto 876 de 1994, incorporado en el artículo 2.32.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera el 4 de marzo de 2004, 18 de julio de 2008 y 13 de diciembre de 2013, la opción de traslado de régimen desde el fondo alternativo solo se puede efectuar entre sociedades administradoras que cuenten con planes alternativos de pensiones, de lo cual carece COLPENSIONES.

Conforme a ello, los artículos 2.32.1.1.1, 2.32.1.1.2, 2.32.1.1.3 y 2.32.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, que regularon lo relativo a los planes de capitalización y de pensiones, señalan:

> ***"ARTÍCULO 2.32.1.1.1 Planes alternativos.*** *Conforme lo establece el artículo 87 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Régimen de Ahorro Individual podrán optar por planes alternativos de capitalización y de pensiones que sean autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia en los términos del presente Título.*
>
> *El ejercicio de esta opción implica que el empleador y el afiliado según corresponda, efectúen el pago de las cotizaciones obligatorias al plan alternativo respectivo.*
>
> *Los empleadores y los afiliados podrán efectuar cotizaciones voluntarias que se regirán por lo previsto en el correspondiente plan alternativo.*
>
> ***ARTÍCULO 2.32.1.1.2 Requisitos para el ejercicio de la opción.*** *El ejercicio de la opción de que trata el artículo anterior está supeditado al cumplimiento de uno de los siguientes requisitos:*
>
> *a) Que el afiliado haya acumulado en la cuenta individual de ahorro pensional una suma no inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital necesario para financiar una pensión mínima equivalente a la que señala el artículo 35 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Al evaluar estos planes alternativos, la Superintendencia Financiera de Colombia deberá verificar, previamente a su autorización, entre otros,*

aspectos propios de las condiciones de sobrevivencia de las personas destinatarias del plan propuesto;

b) Que el afiliado haya acumulado en la cuenta individual de ahorro pensional una suma equivalente al cien por ciento (100%) de capital necesario para financiar la pensión mínima que señala el artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

En todo caso, en los planes alternativos, los cálculos correspondientes deberán tomar en consideración las regulaciones técnicas y actuariales que adopte la Superintendencia Financiera de Colombia para este efecto y se sujetarán a las normas que en materia de edad para acceder a la jubilación, señalan las normas correspondientes.

PARÁGRAFO. *La capitalización que prevé el presente artículo se determinará a partir de la acumulación de ahorro pensional en la cuenta individual, a la cual se sumará el valor del bono pensional, si a él hubiere lugar.*

ARTÍCULO 2.32.1.1.3 Movilidad entre planes alternativos. *En desarrollo de los artículos 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación.*

ARTÍCULO 2.32.1.1.4 Requisitos de los planes alternativos. *Para efectos de aprobar los planes alternativos de capitalización y de pensiones, la Superintendencia Financiera de Colombia verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

1. Los recursos provenientes de los planes alternativos deberán administrarse como un patrimonio separado de la entidad que maneja el plan y de los fondos de pensiones de la misma, en la forma que disponga la Superintendencia Financiera de Colombia.

2. El plan deberá contemplar una cuenta o reserva individual a nombre del afiliado, que gozará de los beneficios fiscales y de inembargabilidad de que trata el artículo 134 de la Ley 100 de 1993. Por lo menos trimestralmente, los afiliados recibirán un extracto que registre dichos valores.

3. El plan cubrirá los riegos de invalidez y de sobrevivencia, incluido en este último el auxilio funerario.

4. El plan tendrá por finalidad la acumulación de recursos para obtener una pensión de vejez.

5. La cotización al plan alternativo se destinará a capitalización individual, obligatoriamente a seguros de invalidez y sobrevivientes, a gastos de administración y, en su caso, los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, en los términos contenidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

6. En principio el plan alternativo implica la renuncia a la garantía de pensión y rentabilidad mínima, lo cual deberá ser informado suficientemente al afiliado, de manera previa a su contratación. No obstante, previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, un plan alternativo puede prever dicha garantía.

7. Las sociedades administradoras y entidades aseguradoras de vida que ofrezcan planes alternativos deberán contar con la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- FOGAFIN, con sujeción a las disposiciones pertinentes.

8. Que se prevea que la totalidad de los rendimientos generados por los recursos aportados a un plan alternativo de capitalización o de pensiones sean abonados a los afiliados en los términos del artículo 97 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual los fondos de pensiones que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren son propiedad de los afiliados.

***PARÁGRAFO.** La Superintendencia Financiera de Colombia impartirá las instrucciones a que haya lugar para dar cumplimiento a dicho artículo."*

Así mismo, en lo que tiene que ver con la movilidad entre planes alternativos, establecida en el referido artículo 2.32.1.1.3, la Superintendencia Financiera en concepto 2003056498-1 del 4 de marzo de 2004, indicó:

"*De igual manera, dicha disposición es clara en establecer, la posibilidad de traslado, únicamente entre planes de la misma naturaleza, es decir, que en este evento, solo es contemplado el traslado entre planes alternativos de pensión, sin que exista reglamentación sobre las condiciones a plan básico del Régimen de Ahorro Individual o al Régimen de Prima Media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales"*

De lo anterior se colige, que si bien la mencionada reglamentación data que los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo cualquiera que sea la administradora que lo contemple, como también es claro que COLPENSIONES no maneja este tipo de planes en la medida que el RPM no los prevé; lo cierto es que tal normativa en ninguno de sus apartes, prohíbe a afiliado retornar al RPM, tan así que la misma Superintendencia en su concepto acepta que no existe regulación al respecto; luego no puede dicha entidad y menos aún el fondo demandado, darle una interpretación a la norma, en perjuicio de los afiliados, partiendo de suposiciones que esta no contempla.

Ahora, pese a que el actor sabía de las condiciones del fondo alternativo, efectuando aportes conforme a lo convenido, debe precisarse que ni en el formulario, como tampoco en la demás documental allegada, se le hace saber de la supuesta prohibición de trasladarse de régimen por el simple hecho de haber elegido el referido fondo alternativo.

Refuerza lo anterior, el hecho que COLPENSIONES negó el traslado argumentando la ilegibilidad del formulario, cuando revisando el mismo (fl. 14), este se puede leer con claridad, a más que no tiene tachones ni enmendaduras, sumado al hecho que la administradora en ningún momento hizo alusión fuera de ello, a alguna prohibición de traslado por estar afiliado al fondo alternativo, de lo cual, solo tuvo conocimiento hasta que OLD MUTUAL le explicó en la respuesta dada a la petición, las razones por las cuales no accedía al traslado. Situación esta que llama la atención de la Sala, pues ni las administradoras de ambos regímenes tiene clara la situación de traslado de los afiliados a este tipo de fondos, lo que corrobora una vez más la inexistencia de normatividad que disponga la prohibición que según la AFP existe para trasladarse al RPM; la cual, se itera, no existe.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el demandante solicitó su traslado a COLPENSIONES cuando contaba con 50 años de edad, es decir, no se encontraba dentro de la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en la medida que le faltaban más de 10 de años para cumplir la edad para pensionarse, es viable su traslado al régimen de prima media desde el 29 de septiembre de 2015 como lo señaló el a quo en la sentencia apelada, sin que ello implique una desfinanciación del sistema como lo refiere COLPENSIONES en la alzada, pues de ser así, el legislador, no hubiera contemplado la posibilidad de trasladarse en los términos de la norma en cita a más, que las prestaciones que en su momento llegue a reconocer la administradora se financiaran con los dineros que se devuelvan en virtud del traslado.

No obstante, se modificará el proveído de primer grado en el sentido de ordenar a OLD MUTUAL la devolución a COLPENSIONES únicamente de los

dineros (cotizaciones o aportes) junto con sus rendimientos, intereses y frutos que posea el actor ya sea en su cuenta de ahorro individual si los hay o en el plan alternativo de pensión, pues como lo indicó la AFP en la apelación, el presente asunto data de un traslado de régimen y no de la ineficacia del mismo, pues en este último evento dado a que las cosas vuelven a su estado inicial, si se deben devolver además de los rubros expuestos en precedencia, los descuentos por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de traslado persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia del traslado, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma entes anotada y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de OLD MUTUAL y COLPENSIONES dada la improsperidad de los recursos interpuestos.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

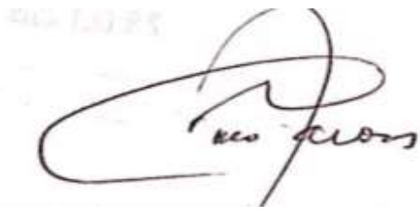
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a OLD MUTUAL el traslado a COLPENSIONES, los dineros (cotizaciones o aportes) junto con sus rendimientos, intereses y frutos que posea el actor ya sea en su cuenta de ahorro individual si los hay o en el plan alternativo de pensión, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

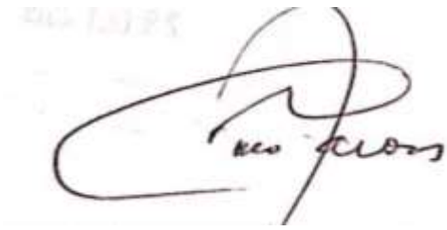
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ESPERANZA PATARROYO FONSECA contra NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, LUIS HUMBERTO DAZA MORENO, FLOR YASMIN CABANZO VALDERRAMA, CARLOS HUIMBERTO DAZA CABANZO Y ELVER CABANZO VALDERRAMA

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ESPERANZA PATARROYO FONSECA,** se **declare** que existió un contrato de trabajo con NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS del 15 de octubre de 2014 al 16 de marzo de 2016, el cual culminó por causa imputable al empleador, que el despido es ineficaz por gozar de estabilidad laboral reforzada y que las personas naturales demandadas son solidariamente responsables del pago de las acreencias adeudadas. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a la sociedad demandada su reintegro al cargo para el cual fue inicialmente contratada y se adopten las condiciones necesarias para el correcto desempeño de sus funciones, se **condene** a la empresa demandada y solidariamente a los accionados como personas naturales, al pago del subsidio de transporte, aportes a pensión,

prima de servicios, cesantías e intereses sobre las mismas y vacaciones por todo el tiempo laborado, más la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias, solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria (fls. 147 a 156)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 145 a 147), señaló que el 15 de octubre de 2014 empezó a trabajar con la empresa NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, cuya vinculación se hizo mediante contrato verbal de trabajo, a fin de ocupar el cargo de oficios varios, pues se encargaba de hacer el aseo de las oficinas 305 y 607, al igual que se pactó un salario de $50.000 el día y un horario de 9 am a 6 pm una vez a la semana y desde marzo de 2015, dos veces a la semana. Sostiene que en el mes de noviembre de 2015 fue diagnosticada con cáncer de seno, con metástasis en os pulmones y la axila izquierda, iniciando tratamiento de quimioterapia, a lo que el médico recomendó que dejara de trabajar por un lapso de tres meses. Expone que en diciembre de 2015 comunicó a la empresa sobre su condición de salud y que en aras de conservar el trabajo, recomendó a su hermana para que la reemplazara, a quien en febrero de 2016, le manifestaron que ya no tenían más trabajo para ellas y pasados varios meses después de ello, la empresa jamás se comunicó con ella. Finalmente, afirma que interpuso acción de tutela la cual le fue negada y que la empresa jamás le canceló las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social a que tenía derecho.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, LUIS HUMBERTO DAZA MORENO, FLOR YASMIN CABANZO VALDERRAMA, CARLOS HUIMBERTO DAZA CABANZO Y ELVER CABANZO VALDERRAMA contestaron la demanda (fls. 206 a 226), en la que se opusieron a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, aceptan el contenido en el numeral 24 y niegan y no le constan los demás. Propusieron como excepciones las de inexistencia de las obligaciones reclamadas,

compensación, pago, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y falta de congruencia.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de junio de 2019 (CD – fl. 285), **absolvió** a los demandados de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de $200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la empresa acepta la prestación personal del servicio, aclarando que esas labores fueron ocasionales, una vez por semana o cada 15 días, por loque se hace necesario revisar el material probatorio a fin de establecer si se trató de una actividad regular que se hacía en forma frecuente o si esta fue ocasional y transitoria. Refiere que de ninguno de los testigos de la demandante entre ellos el esposo, se puede extraer la periodicidad en que la actora restaba el servicio, pues solo se basan en lo que la accionante les decía y en el caso de la vecina, esta afirma haberla visto salir de las oficinas un par de veces. En cuanto a los testigos de la empresa, señalaron que la demandante cumplió labores de limpieza o aseo pero estas no correspondían a todos los días, pues había ocasiones en las que llamaba y decía que no iba a ir y en esos casos, entre los mismos trabajadores se encargaban del aseo, al igual que no fue más de un día a la semana y que ella manifestó que por razones de salud no iba a volver a prestar el servicio. Sostiene que se dificulta establecer si la accionante laboraba un o dos veces por semana, o si lo hacía cada 15 días, o cuantos días acudió efectivamente, lo que conllevaría a una dificultad en el caso de liquidar algún tipo de prestación, pues si se parte de una remuneración diaria de $50.000, sin que haya forma tampoco de establecer con algún grado de certeza en un mes efectivamente cual debería ser ese valor eventual a tener en cuenta, pues no se sabe si fue algún día en el mes, o uno dos por semana para establecer una remuneración mensual o un salario promedio, loque daría a que el despacho no pueda sacar avante las pretensiones de la demanda. Expone que tampoco se puede tener de manera precisa que se haya dado una terminación unilateral del contrato por parte de la compañía, ya que de las pruebas y lo manifestado por la demandante,

ella fue quien informo a la empresa de su imposibilidad de continuar con sus labores, de ahí que la decisión haya partido de la accionante, además también señaló que por sugerencia de ella se había vinculado a su hermana para que prestara el servicio, ya que por razones de salud informó que no podía seguir, lo que no daría lugar a algún tipo de estabilidad laboral y por ende el reintegro, en tanto no se probó la existencia de un despido. Finalmente, señala que tampoco se podría imponer condena solidariamente a las personas naturales ya que por tratarse de una sociedad SAS, no es de personas, somo si lo es la sociedad LTDA; considerando que se debe absolver a los demandados de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que hubo una captación de la prestación personal del servicio por horas, por loque con base en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, solo basta con probar la prestación personal del servicio para que se invierta la carga de la prueba con base en el artículo 24 del CST. Refiere que se debió determinar cuál era el tipo de vinculación. Sostiene que se acuerdo al testimonio de Laura Quintero, esta indicó que era ella quien revisaba el trabajo de la demandante, probándose con ello uno de los elementos que es la subordinación. Afirma que por el tipo de trabajo que desarrollaba el cual era ocasional o transitorio, sin que sea requisito su regularidad es decir, no era necesario que laborara todos los días, pues basta con tener en cuenta que el servicio se prestó desde el 2014 hasta diciembre de 2015, existiendo alrededor de un año y medio de trabajo, por lo que si existió regularidad. Expone que los testigos allegados no podían ser compañeros de trabajo, en tanto no podían ingresar a las instalaciones, pero si concuerdan con el horario en que más o menos llegaba y se retiraba, lo que prueba la existencia del contrato de trabajo. Finalmente, menciona que no se da la suficiente valoración probatoria a la certificación laboral, en donde se indica salarios, días y horas en que desempeñaba la labor, luego al no tener el despacho claridad sobre los días, la certificación suple ese interrogante, por lo que los elementos para llegar a liquidar las prestaciones si están; solicitando además se acceda también a las pretensiones subsidiarias.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, existió un contrato de trabajo y si como consecuencia de ello, deviene el pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales a que haya lugar, junto con los aportes a pensión, la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada alegada, reintegro y solidaridad, que fueron negadas por el a quo, como quiera que la demandante no presentó reparo alguno, la Sala no se pronunciará al respecto.

Contrato de trabajo

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo",* de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

> *"Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador."*

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio de la demandante para con la empresa demandada, teniendo en cuenta que esta al contestar los hechos 1° y 16 de la demanda, que la accionante ocasionalmente iba una vez por semana algunas horas o cada 15 días, realizando la limpieza de la oficina durante el periodo de octubre de 2014 a diciembre de 2015 ; así mismo **en el**

interrogatorio de parte, la demandada expuso que la accionante no tenía ningún tipo de contrato, pues solo prestaba un servicio ocasional y muy rara vez se le veía, ello para los años de 2014 o 2015, concretamente hasta diciembre de 2015, sin que tenga conocimiento de las razones por las cuales la accionante dejó de ir.

La demandante, afirmó que dejó de ir a la empresa el 15 de diciembre de 2015, pues le diagnosticaron cáncer el 15 de noviembre de 2015 y como avisó que estaba enferma, el médico le dijo que no podía seguir trabajando en virtud a los elementos que utilizaba para hacer aseo y que debía parar como mínimo 3 meses, por lo que le dijo a Carolina que si podía llevar a la hermana para conservar el trabajo, le dio inducción dos o tres días y el 15 de diciembre se retiró porque empezó sus quimioterapias. Sostiene que inicialmente iba los martes y después cuando la recepcionista dejó de ir, empezó a asistir martes y viernes desde 2015, llagaba a las 8 am por un acuerdo que hizo con la jefe de personal Carolina y se iba a las 5:30 pm o 7 dependiendo si había terminado. Finalmente, indica que le avisó a Carolina sobre su enfermedad.

LAURA CAROLINA QUINTERO FERREIRA, coordinadora de recursos humanos de la empresa y antes asistente de gerencia, refirió que la accionante les colaboró en la oficina con la organización como en el año 2014. Señala que ella fue quien llamó a la accionante para que les ayudara con la limpieza dada la recomendación que le hizo un compañero, a lo que la actora le dijo que le ayudaba lunes o martes dependiendo su disponibilidad y que llamaría el domingo para avisar y cuando no iba, ellos hacían el aseo. Expone que prestaba el servicio de 9 0 10 am hasta las 5 o 6 pm, al igual que llegaba a la hora que quería en incluso salía y luego regresaba y cuando no iba, le decía que esa semana no podía y solo iba un día a la semana. Expone que un día al finalizar la tarde, la accionante le dijo que no podía regresar más porque estaba mal de salud y que a cambio de ella dejaba a la hermana y entre todos hicieron una colecta y se la dieron. Menciona que ella era quien supervisaba el trabajo de la accionante, como verificar que se hubiera botado la basura, limpiado los baños y escritorios y el piso trapeado con su cera.

LEONARDO RODRÍGUEZ MELO coordinador de trámites y licencias de la demandada, expuso que la accionante esporádicamente iba a la oficina y

organizaba los puestos, limpiaba el polvo y todo lo relacionado con la limpieza de la oficina, iba más o menos una vez por semana y si no iba, entre todos hacían el aseo y cuando lo hacía, era por un rato en la mañana y otro en la tarde, esto es, llegaba a las 8:30 o 9:30 am y se iba tipo 5 o 6 pm. Señala que a todos les dijeron que la accionante tenía un enfermedad y que no podía continuar con su labores y en razón de ello, todos hicieron una colecta para ayudarle con un dinero adicional a su tratamiento.

GLORIA LABRADOR CANTE amiga de la accionante desde hace 8 años, mencionó que vio salir a la demandante de las instalaciones de la empresa y ella le dijo que trabajaba allá, porque iba a realizarse exámenes a IDIME que quedaba cerca y se encontraban para almorzar lo cual hicieron 4 o 5 veces entre 2014 y 2015.

JORGE ENRIQUE VILLAMIZAR MEZA esposo de la demandante, señaló que varias veces (5 o 6), esperó a su esposa en los alrededores de la empresa a la hora de la salida del trabajo de ella, esto es, de 5 a 7 pm.

Así mismo, se allegó certificación expedida el 23 de enero de 2015 por la testigo LAURA CAROLINA QUINTERO FERREIRA del departamento de recursos humanos de la empresa demandada (fl. 95), en la que hace constar que la accionante presta servicios de aseo para la compañía desde el 15 de octubre de 2015 con una remuneración mensual de $200.000.

De lo anterior se colige, que se encuentra demostrada la prestación del servicio de la demandante para con la demandada NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, en el que la demandante ejerció labores de aseo, recayendo a su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, esto es, que el vínculo que unió a las partes estuvo regido por un contrato de trabajo, quedando a cargo de la accionada desvirtuar la misma.

Presunción que no fue desvirtuada por la demandada, en la medida que solo se limitó a decir que la accionante les colaboraba con el aseo una vez por semana algunas horas o cada 15 días, lo cual sustenta con las declaraciones de Laura y Leonardo, sin hacer mención a que tipo de vinculación diferente a un contrato de trabajo tenía con ella como para inferir que la relación que los

unió no lo fue bajo este, por el contrario, del dicho de Laura se desprende que la labor era subordinada, pues afirma que ella era quien revisaba la labor y pagaba por ello, a más que fue quien la contrató por recomendación de un compañero.

Ahora, si bien en la contestación de la demanda y los testigos Laura y Leonardo coinciden em que la prestación del servicio de la accionante era ocasional en la medida que ella iba cuando quería y que cuando lo hacía era una vez por semana e incluso, habían semanas en las que no iba, lo cierto es que esas afirmaciones se caen de su peso con la certificación expedida por la citada testigo, la cual, sea de paso advertir no fue reargüida ni tachada de falsa, en tanto en ella se da a entender que la prestación del servicio lo era una vez por semana, sin hacer mención a que esta no fuera de manera continua, lo que denota una contradicción entre el dicho de la testigo y lo certificado por ella.

De suerte que, se encuentra plenamente demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo en el que la actora prestó su servicio como empleada del servicio de aseo, una vez a la semana, cuyos extremos datan del 15 de octubre de 2014 al 15 de octubre de 2015. Sin que se demostrara que prestó el servicio dos días a la semana desde marzo de 2015 como lo afirma la actora, pues no allegó medio probatorio que soporte su dicho.

Extremos que se determinan el inicial, con la certificación de folio 95 en la que la demandada indica que la relación inició el 15 de octubre de 2014 y el final, con lo dicho por la demandante (15 de diciembre de 2015) y la contestación de la demanda, en la que la accionada al contestar la mayoría de los hechos manifestó que el vínculo culminó en diciembre de 2015, de ahí que se tome el día señalado por la actora.

En cuanto al salario, se tendrá la suma de $50.000 por día, en la medida que la pasiva así lo aceptó en la contestación de la demanda y que se corrobora con la certificación de folio 95, en la que se dice que devengaba $200.000 mensuales.

Prescripción

De plano, observa la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el vínculo que unió a las partes culminó el 15 de febrero de 2015 y la demanda se presentó el 4 de agosto de 2017 (fl. 141), sin que entre una fecha y otra haya trascurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones

En cuanto a la prima de servicios, si bien este derecho nació para los trabajadores del servicio doméstico con la Ley 1788 de 2016 la cual entró en vigencia el 7 de julio de la misma anualidad, lo cierto es que la demandante no ostento tal calidad en tanto fungió como empleada del servicio de aseo en una empresa, lo cual difiere del servicio doméstico en la medida que dicha Ley se refiere a las personas naturales que prestan sus servicios a los hogares en tareas como aseo, cocina, lavado, planchado, jardinería, conductor de familia y trabajadores de fincas, actividades estas dentro de las cuales no se encuentra la accionante, de ahí que tenga derecho a la misma.

Ahora en cuanto al subsidio de transporte, el mismo está destinado para aquellos trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación dentro de la que no se encuentra la actora, pues si bien su salario diario ($50.000), sobrepasa los dos salarios mínimos legales diarios, lo cierto es que la norma hace alusión al mínimo mensual y en este caso, la demandante percibía $200.000 mensuales. Suma esta que resulta inferior incluso a un salario mínimo lega mensual vigente.

Conforme a ello, como quiera que la demandada no probó que hubiera cancelado a la demandante el subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, se dispondrá su pago, para lo cual se tendrá en cuenta, una salario diario de $50.000, mensual de $200.000 y 4 días laborados al mes y en tratándose de las cesantías se tendrá el salario más el subsidio de transporte.

Subsidio de transporte:
2014:

$72.000 / 30 = $2.400 día

Octubre: $2.400 x 2 (15 a 30 de octubre) = $4.800

Noviembre: $2.400 x 4 = $9.600

Diciembre: $2.400 x 4 = $9.600

2015:

$74.000 / 30 = $2.467 día

Enero a noviembre: $2.467 x 44 = $108.548

Diciembre: $2.467 x 2 (1° a 15 de diciembre) = $4.934

Total: $137.482

Cesantías:

2014: $209.600 (salario más subsidio de transporte) x 75 / 360 = $43.667

2015: $209.868 (salario más subsidio de transporte) x 345 / 360 = $201.123

Total: $244.790

Intereses a las cesantías:

2014: $43.667 x 75 x 0.12 / 360 = $1.092

2015: $201.123 x 345 x 0.12 / 360 = $23.129

Total: $24.221

Prima de servicios

2014: $209.600 (salario más subsidio de transporte) x 75 / 360 = $43.667

2015: $209.868 (salario más subsidio de transporte) x 345 / 360 = $201.123

Total: $244.790

Vacaciones:

2014 – 2015: $200.000 x 360 / 720 = $100.000

2015: $200.000 x 60 / 720 = $16.667

Total: $116.667

Indemnización por despido

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido

y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

Al respecto, la demandante manifiesta que dejó de ir a la empresa el 15 de diciembre de 2015, por cuanto le diagnosticaron cáncer el 15 de noviembre de 2015 y el médico le dijo que no podía seguir trabajando debido a los elementos que utilizaba para hacer aseo y por ello debía parar como mínimo 3 meses, por lo que le dijo a Carolina que si podía llevar a la hermana para conservar el trabajo, le dio inducción dos o tres días y el 15 de diciembre se retiró porque empezó sus quimioterapias.

Afirmación que se corrobora con el testimonio de Laura Carolina, quien señaló que la accionante le dijo que no podía regresar más porque estaba mal de salud y que a cambio de ella dejaba a la hermana.

De donde se colige, que la demandante se retiró de la empresa por su propia voluntad dado su estado de salud y así se lo hizo saber a la accionada; de ahí que no sea dable alegar el despido cuando ella quien tomó la decisión de desvincularse y si bien en la demanda afirma que dejó a su hermana a quien después le dijeron que no continuaba más, tal afirmación carece de sustento probatorio; por lo que al no probarse el despido no hay lugar al pago de la indemnización deprecada.

Aportes a pensión

Como quiera que no se probó que la demandada hubiere sufragado los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, se ordenará su pago, para lo cual habrá de tenerse en cuenta, lo dispuesto en los artículos 2.2.1.6.4.5 del Decreto 1072 de 2015 y 5° del Decreto 2616 de 2013, como quiera que la labor

se ejecutó por días, por lo que la base de cotización debe ser sobre el salario mínimo legal mensual vigente.

Lo anterior encuentra sustento en los dicho por la Corte Suprema de Justicias en sentencia SL 2348 del 27 de junio de 2019, en la que indicó:

> *"También ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala de la Corte y hoy lo reitera, tales trabajadores que laboren por días con distintos empleadores, éstos deben cotizar al sistema de seguridad social conforme a los días laborados con cada uno de ellos, sólo que ya no lo harán con fundamento en el salario en dinero pagado al trabajador (a) del servicio doméstico por cada uno de ellos, que en ningún caso podía ser inferior al 50% del smlmv, como lo decían los artículos 1º y 3º de la citada Ley 11 de 1988,* ***sino que deberán ahora efectuar los aportes con base en el salario mínimo mensual legal vigente****. Así las cosas, en caso de percibir el trabajador un salario inferior al smlmv, debe cotizar como mínimo sobre dicho tope, tal como lo estableció claramente el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, cuando al efecto señaló «En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente» (Sentencia CSJ SL2352-2018, rad. 63508). Con mayor razón, los trabajadores del servicio doméstico que reciban menos del salario mínimo y trabajen de manera continua con el mismo empleador les asiste el derecho a ser afiliados".*

De suerte que, se condenará a la demandada al pago de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2014 y el 15 de diciembre de 2015, los cuales efectuará con IBC correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y en la forma establecida en los artículos 2.2.1.6.4.5 del Decreto 1072 de 2015 y 5° del Decreto 2616 de 2013, previo cálculo actuarial que para el efecto elabore el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la accionante.

Sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria

Sobre el tema, debe señalarse que estas sanciones son inexorables y automáticas salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

Dicho lo anterior, es claro que la demandada no demostró hechos constitutivos de buena fe de los cuales se infieras que justificó el no pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho la demandante, habida cuenta

que siempre negó la existencia del contrato de trabajo bajo el entendido que la accionante le colaboraba con el servicio de aseo, sin indicar si quiera bajo que figura lo hacía, pese a que expidió una certificación donde hace constar la prestación del servicio, lo que denota mala fe en su actuar, a más, que pretendió alegar que la labor no se ejecutó de forma permanente cuando se probó que la actividad se ejecutaba un día a la semana, como así lo certificó al indicar que el salario correspondía a $200.000 mensuales, es decir $50.000 por día tal y como lo indicó en la contestación de la demanda donde manifestó que esa era la suma que se le pagaba por día.

De ahí, que haya lugar al pago de ambas sanaciones y en tratándose de la contenida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que no se probó que las cesantías causadas para el año 2014 las hubiera consignado a más tardar el 14 de febrero de 2015, deberá pagar la suma de **$15.000.000** que equivale a 300 días que van del 15 de febrero al 15 de diciembre de 2015, en razón de $50.000 diarios. Sobre las cesantías del año 2015 no se impondrá condena por concepto de sanción ya que al culminar el vínculo el 15 de diciembre de 2015, la demandada no tenía que consignarlas sino cancelarlas a la finalización de la relación laboral.

En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, como quiera que la demanda se interpuso dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del contrato de trabajo y en la medida que el salario mensual era inferior al salario mínimo legal mensual vigente, esta lo será en razón de $50.000 diarios a partir del 16 de diciembre de 2015 y hasta el día en que se efectúe el pago de las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales.

No se ordenará la indexación dado que se condenó a la referida indemnización.

Así las cosas y sin más, consideraciones se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la existencia del contrato de trabajo y condenar a la demanda al pago de los emolumentos expuestos en precedencia.

COSTAS

En ambas instancias a cargo de NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR** que entre ESPERANZA PATARROYO FONSECA y NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS existió un contrato de trabajo del 15 de octubre de 2014 al 15 de diciembre de 2015, en el que la actora fungió como empleada del servicio de aseo, laborando una vez a la semana con un salario de $50.000 diarios, $200.000 mensuales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos:

a) Subsidio de transporte: $137.482
b) Cesantías: $244.790
c) Intereses a las cesantías: $24.221
d) Primas de servicio: $244.790
e) Vacaciones: $116.667
f) Sanción por no consignación de las cesantías: $15.000.000
g) Indemnización moratoria: $50.000 diarios a partir del 16 de diciembre de 2015 y hasta el día en que se efectúe el pago de las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales.

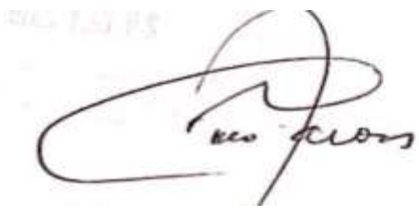
TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de los aportes pensión por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2014 y el 15 de diciembre de 2015, los cuales efectuará con IBC correspondiente al salario mínimo legal

mensual vigente para cada anualidad y en la forma establecida en los artículos 2.2.1.6.4.5 del Decreto 1072 de 2015 y 5° del Decreto 2616 de 2013, previo cálculo actuarial que para el efecto elabore el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la accionante.

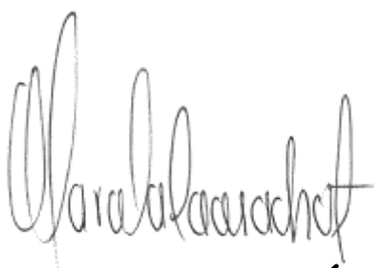
CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de NODOS GERENCIA Y CONSTRUCCIÓN SAS, la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEGGY COVELLI ALARCÓN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **PEGGY COVELLI ALARCÓN,** se **declare** la ineficacia y/o nulidad de la afiliación a las AFP demandadas. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLPENSIONES verifique y reciba a satisfacción la integridad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, se **ordene** a PORVENIR y PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos y a esta, a actualizar la historia laboral teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes, junto con el reconocimiento de la pensión de vejez desde el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo más los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 91, 92 y 160).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 59 a 91 y 160), señaló que nació el 4 de junio de 1960 y se afilió al ISS el 1° de julio de 1986. Refiere que el 30 de septiembre de 1998 se le hizo firmar un formulario de afiliación con PORVENIR, data para la cual no se le ilustró acerca de los beneficios y desventajas de afiliarse a cada uno de los regímenes, no se le advirtió de la facultad que tenía de retractarse, al igual que se le dijo que obtendría mejores beneficios que en el RPM, no le indicaron sobre las modalidades de pensión existentes en el RAIS ni que la conformación y edad de su núcleo pensional tendría incidencia en el monto de la mesada pensional, como tampoco que el reconocimiento y monto de la pensión de vejez dependían de la acumulación de capital y los rendimientos financieros que pudieran obtener sus aportes. Sostiene que no se le informó sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir el requisito de edad, ni la asesoró respecto a la forma en que se obtendrían los rendimientos financieros, como tampoco que le cobrarían una comisión por la administración de sus recursos la cual sería descontada del capital ahorrado. Expone que el 15 de enero de 2001 se le hizo firmar un formulario de afiliación a PROTECCIÓN, quien tampoco la ilustró sobre los aspectos antes relacionados. Menciona que el 26 de diciembre de 2001 se le hizo retornar a PORVENIR, quien nuevamente omitió su deber de información. Finalmente, aduce que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 137 a 148). Sobre los hechos, acepta el contenido en el numeral 37 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con protección, buena fe, inexistencia de vicio en el consentimiento por error de derecho y prescripción.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 163 a 171). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 37 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 186 a 193), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 2 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de septiembre de 2019 (CD – fl. 235), **declaró** la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR el 30 de noviembre de 1998, **declaró** que para todos los efectos legales, la actora nunca se trasladó al RAIS, **ordenó** a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, **ordenó** a COLPENSIONES recibir dichos valores, actualizar la historia laboral y resuelva sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante, **ordenó** a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración que hubiese descontado por el tiempo que la actora permaneció en este, los cuales deberá girar a COLPENSIONES, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que, sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 ha señalado que esa falencia respecto de la falta de información al momento del traslado, genera la ineficacia del traslado, invirtiéndose la carga de la prueba, es decir, el fondo debe demostrar si suministró la información, o cual aplica para todos los afiliados independientemente si son o no beneficiarios del régimen de transición y tienen una expectativa legítima. Expone que si bien la demandante era abogada, no tenía un conocimiento amplio y suficiente sobre las características propias de cada régimen, sumado a que pese que el asesor le dijera que se podía pensionar anticipadamente y con un momento superior al que le correspondería en el RPM, no se probó por parte de la

AFP, que le haya explicado como podía acceder a ello, es decir, que capital requería para ello y como podía alcanzarlo, a más que para ese momento le quedaba difícil efectuar el cálculo de la pensión, luego no era dable que afirmara que sería superior cuando no tenía los soportes que confirmaran su dicho. Menciona que el hecho que la actora se haya trasladado entre administradoras e incluso regresado a PORVENIR, no subsana la falta de información, pues este se predica únicamente del acto inicial de afiliación; por lo que considera que al no haberse demostrado la información que el fondo le brindó a la demandante al momento del traslado de régimen, se debe declarar la ineficacia de dicho acto.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que en el caso de la demandante, no puede concluirse que el traslado de régimen haya sido perjudicial para su situación pensional, toda vez que contaba con apenas 322 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, lo que claramente no conllevaba a un perjuicio y estaba en toda su libertad de trasladarse de régimen pensional. Expone que el formulario de vinculación era la única exigencia legal que para tal momento se les exigía a las AFP. Aduce que se parte de la mala fe al decir que no se suministró la información o que esta fue nula, ateniéndose únicamente al interrogatorio de parte de la accionante, cuya prueba fue solicitada por las demandadas, de ahí que no pueda tomarse a favor de la actora. Afirma que la línea jurisprudencial trazada por la Corte sobre el tema, no es la misma para el caso de la demandante, pues en esos eventos se analizaban situaciones puntales de los actores, quienes tenían derechos adquiridos o eran beneficiarios del régimen de transición, de ahí que deba analizarse cada caso en concreto, máxime si la accionante estaba en plena libertad de trasladarse en la medida que no tenia un derecho adquirido o expectativa legítima, a más que ostentaba una calidad especial como el ser abogada, lo que la pone en una situación diferente a los que la jurisprudencia ha trazado. Afirma que no se puede predicar la falta de información por el hecho que el asesor no fuera administrados de empresas, púes para esa época lo que se exigía era la capacitación que para el efecto le diera el fondo, de ahí que no era requisito que el asesor fuera profesional. Finalmente, argumenta que la demandante no solo estuvo afiliada a PORVENIR, sino que también se

afilió a otro fondo para finalmente regresar a esta, lo que implica un saneamiento de la posible nulidad que se haya podido generar, pues ratificó su intención de quedarse en el RAIS.

A su turno, **PROTECCIÓN apeló la decisión** señalando que la comisión de administración es aquellas que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de lo cual se descuenta el 3% de aporte y así pagar los seguros previsionales, adicional a que estos gastos se encuentran establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que opera para ambos regímenes. Expone que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la AFP, esta administró los dineros que fueron depositados en la cuenta de ahorro individual, cuya gestión fue realizada con la mayor diligencia y cuidado, la cual se evidencia con los buenos rendimientos que causó durante su afiliación de enero a diciembre de 2001; de ahí que no sea procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión de administración, toda vez que se trata se comisiones ya causadas, cuyos descuentos fueron realizados conforme a la Ley y aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga de cuenta que nunca existió un contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos como lo son los rendimientos, sumado a que ordenar su devolución constituiría un enriquecimiento sin causa, pues está recibiendo unos rendimientos por la buena gestión lo cual devino de la comisión cobrada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, PORVENIR que es la AFP en la que se encuentra afiliada en la actualidad, junto con PROTECCIÓN en la que también estuvo, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora PEGGY COVELLY ALARCÓN el 30 de septiembre de 1998 (fl. 24), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR; posteriormente, el 7 de septiembre de 1999 se afilió a HORIZONTE (fl. 174), el 15 de enero de 2001 a PROTECCIÓN (fl. 25) y el 26 de diciembre de 2001 regresó a PORVENIR (fl. 173), donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde octubre de 1998 a la fecha (fls. 179 a 183). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 200 a 202), se evidencia que cotizó a esta de forma interrumpida del 1° de febrero de 1986 al 30 de septiembre de 1998.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 24 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que

conllevaba su decisión, pues PORVENIR, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, además de ser abogada, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la demandante se trasladó a HORIZONTE, PROTECCIÓN y luego regresó a PORVENIR, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó esta última, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación, relacionadas con la asesoría

brindada, máxime si en el de PORVENIR de diciembre de 2001 se dice que se le asesoró en cuanto al régimen de transición, cuando es claro que no ostenta esa calidad.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, lo cual no puede suplirse por el traslado entre administradoras o por el simple hecho de ser abogada, en tanto la accionada estaba obligada a acreditar la asesoría brindada en ese momento respecto de los aspectos relacionados en líneas anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP PORVENIR a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, como lo dispone las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de PORVENIR y PROTECCIÓN.

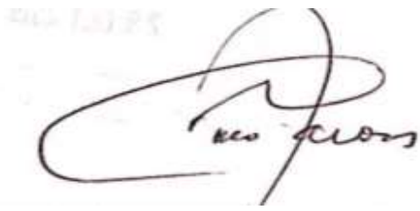
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y en su lugar, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

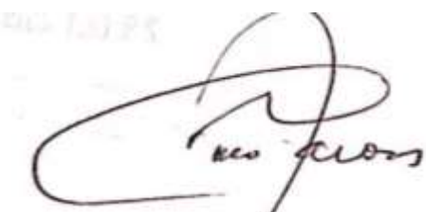
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y PROTECCIÓN, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA RUBIELA GARCÍA CADENA contra LIBIA MAHECHA DE DÍAZ, NEFTALÍ DÍAZ ROMERO Y JUAN MANUEL DÍAZ MAHECHA

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA RUBIELA GARCÍA CADENA,** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de junio de 2000 al 14 de septiembre de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de las cesantías e intereses a las cesantías, de junio de 2000 a diciembre de 2008, 2012, 2014 y 2016 y el reajuste de las causadas en 2009, 2011 y 2015, prima de servicios de 2016, vacaciones del 1° de enero de 2014 al 14 de septiembre de 2016, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización por despido, incapacidades de agosto de 2016 y de diciembre de 2016 a enero de 2017, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 15 y 16).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 17 y 18), señaló que inició a laborar para los demandados desde el 1° de junio de 2000, en el cargo de empleada del servicio doméstico interna hasta el 31 de diciembre de 2005 y desde el 1° de enero de 2006, laboraba 3 días a la semana y esporádicamente por razones de salud de los demandados Libia y Neftalí prestaba sus servicios los días martes y jueves. Sostiene que, en el año 2007, el accionado Juan Manuel se trasladó de residencia, por lo que los viernes, acudía donde este a realizar las labores de aseo. Sostiene que cumplía un horario de 8 am a 4 pm y devengó como salarios las siguientes sumas: junio de 2000 a diciembre de 2005 $200.000, 2007 – 2008 $22.000, 2009 – 2010 $25.000, 2011 $30.000, 2012 a 2014 $35.000, 2015 $39.000 y 2016 $40.000. Afirma que en el mes de septiembre de 2016 le informó a los demandados que se encontraba en lista de espera para una cirugía, quienes le manifestaron con posterioridad la intención de conseguir una empleada interna, por lo que el 14 de septiembre de 2016, por órdenes de los accionados le dio inducción a la nueva empleada. Aduce que los demandados dieron por terminado el contrato unilateralmente y sin justa causa. Menciona que ESIMED le expidió una incapacidad del 27 al 28 agosto de 2016 y el 15 de diciembre de 2016 CAFESALUD EPS le realizó la cirugía de VARICOFANECTOMÍA, expidiéndole una incapacidad por 20 días la cual finalizó el 3 de enero de 2017. Finalmente, indica que los demandados no le pagaron las prestaciones sociales y acreencias laborales a que tenía derecho, como tampoco la liquidación final del contrato de trabajo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LIBIA MAHECHA DE DÍAZ, NEFTALÍ DÍAZ ROMERO Y JUAN MANUEL DÍAZ MAHECHA contestaron la demanda (fls. 62 a 67), en la que se opusieron a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, aceptan los contenidos en los numerales 2 y 3 parcial, 4, 7, 11 parcial, 12, 15 y 40 y niegan y no les consta los demás. Propusieron como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones laborales, buena fe, mala fe y falso juramento.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de junio de 2019 (CD – fl. 97), **declaró** que entre la demandante y LIBIA MAHECHA DE DÍAZ y NEFTALÍ DÍAZ ROMERO existió un contrato de trabajo del 1° de enero de 2006 al 30 de septiembre de 2016, en el que la actora laboró por tres días a la semana, **condenó** a los demandados a pagar a la accionante las cesantías así: 2006: $225.680, 2007: $239.943, 2008: $255.790 y 2009: $275.451, las cuales deberán ser indexadas al momento de su pago, más $800.000 por concepto de incapacidad, cotizaciones a COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2006 y el 30 de septiembre de 2016, **declaró** probada la excepción de buena fe y parcialmente la de prescripción respecto de los derechos laborales causados con anterioridad al 18 de septiembre de 2013, **absolvió** a los demandados de las demás pretensiones de la demanda y a JUAN MANUEL DÍAZ MAHECHA de la totalidad de ellas y **condenó** en costas a los accionados, incluyendo como agencias en derecho la suma de $300.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la señora Libia manifestó que existió una relación laboral con la demandante pro 5 años hasta el 2005, periodo en el cual fungió como empleada interna y después se fue a vivir con su esposo y allí empezó a trabajar por días, al igual que de los hechos aceptados en la contestación de la demanda, se evidenció que entre la actora y los señores Libia y Neftalí la relación laboral se dio desde el 1° de junio de 2006 en el que prestaba los servicios por 3 días a la semana, lunes, miércoles y viernes en un horario de 8 am a 5 pm, devengando para 2011 $30.000 y para 2016 $40.000, sin que las partes indicara con exactitud la fecha de inicio de la relación laboral, pues el esposo de la actora la conoció en 2003 y menciona que después de 2005 se fue a trabajar por días, al igual que la otra testigo la conoció en 2008, de ahí que al no indicarse con exactitud los extremos, se tendrá como tales dando aplicación a la jurisprudencia de la Corte, del 30 de diciembre de 2000 al 1° de enero de 2005. Señala que los demandados aceptaron la existencia de un segundo vínculo el cual data del 1° de enero de 2006 por 3 días a la semana y en cuanto al extremo final, se aporta liquidación final de prestaciones sociales, en la que se señala como fecha de retiro el 30 de septiembre de 2016, por lo que se tendrá esta última como extremo final. Expone que no es posible

predicar la continuidad de la relación laboral, toda vez que ninguna de las partes o testigos manifestó que haya existido continuidad, lo que conllevó a una amplia interrupción en la prestación del servicio que fracturó la unidad contractual. Sobre el salario, aduce que de las liquidaciones que aparecen en el plenario, más los hechos aceptados por los demandados, se denota que este lo fue de $25.000 para 2010, 2011 $30.000, $35.000 2013 – 2014 y $40.000 2015 – 2016 y en cuanto a los demás años, se entenderá que este lo fue por el salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto a la excepción de prescripción, en lo que tiene que ver con el primer contrato, la misma se encuentra probada, pues no existe prueba que la trabajadora la haya interrumpido, en tanto la citación a conciliación data del 18 de noviembre de 2016 y la demanda se interpuso el 13 de octubre de 2017 y el referido contrato finalizó el 1° de enero de 2005.

En cuanto a la terminación del contrato, aduce que la demandante no probó que la relación haya finiquitado por la decisión unilateral de los demandados y si bien el señor Parada expresó que la relación terminó porque a la demandante le mandaron a hacer una cirugía y que por ello le dijeron que no tenía más trabajo, lo cierto es que ese testigo además de ser el esposo de la accionante no estuvo presente en ese momento a fin de darle credibilidad a su dicho.

Sobre la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, señala que la demandante a la terminación del vínculo debió demostrar que al final de la relación padecía de una discapacidad, esto es, de una afectación en su salud sustancial que le impidiera desarrollar de forma normal sus funciones conocida por el empleador y que la relación finalizó por ello; de ahí que al no probarse que el vínculo terminó por decisión unilateral de los demandados como se dijo en apartes anteriores, sumado a que tampoco se probó una afectación en su salud, pues no es suficiente la historia clínica en la que se dice que fue sometida a una cirugía el 15 de diciembre de 2016 y que le otorgaron incapacidades el 26 de agosto de la misma anualidad, ello no demuestra que se encontrara en una condición de salud que le impidiera desarrollar su labor, a más, que la accionada en su interrogatorio señaló que no sabía que a la accionante la iban a operar, lo

que denota el desconocimiento del empleador del estado de salud de la demandante; por lo que considera se debe absolver de esa pretensión.

En lo atinente a los derechos laborales y prestacionales de la segunda relación, indica que previo a su estudio, se observa que los derechos causados con anterioridad al 18 de noviembre de 2013 se encuentran prescritos excepto las cesantías, toda vez que la reclamación se elevó el 18 de noviembre de 2016 y la demanda se presentó el 13 de octubre de 2017.

Expone que se aportó liquidación final de prestaciones sociales, en las que la demandada, le cancela a la accionante las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas por los años 2010 a 2015 y 2016, cuyos valores se encuentran ajustados a derecho y que la demandante en el interrogatorio aceptó que recibió, empero, no se observa el pago de las cesantías para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 y por ende, los demandados deben efectuar su pago, como también los aportes a la seguridad social en pensiones, pues si bien se aporta una carta de la UGPP den la que se dice que se evidencian pagos al sistema por parte de la actora, lo cierto es que no se aporta el detallado a fin de verificar si estos fueron realizados por la demandante directamente o si estos los efectuaron los demandados, de ahí que se deban sufragar por todo el tiempo que duró la relación laboral. Respecto de los aportes a salud y ARL, no se demostró que la accionante haya sufrido algún tipo de contingencia y si bien se le practicó una cirugía, ello lo fue en calidad de beneficiaria, sin que se allegara el valor del copago como para inferir el valor del gasto en el que incurrió, sin embargo, se ordenará el pago de la incapacidad generada del 26 al 28 del agosto de 2016, en a medida que, al ser de dos días, esta estaba a cargo del empleador.

Finalmente, sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, sostiene que con la documental aportada se acreditó el pago de las obligaciones a cargo de los demandados, lo que da cuenta de la buena fe en su actuar, tan así que, a la finalización de la relación laboral, liquidaron y pagaron los conceptos que creían deberle para zanjar cualquier diferencia que pudiera existir; considerando que sobre este punto se debe absolver a los demandados.

En cuanto al demandado JUAN MANUEL DÍAZ, no se pudo establecer que este le impartiera ordenes o directrices y que cubriera parte del salario que le era sufragado, pues aún cuando el testigo señaló que concurrió al apartamento de este, la señora Libia afirmó que lo hacía esporádicamente cuando ella se lo solicitaba y que era ella quien le pagaba el salario, al igual que la demandante afirmó que laboró para ellos entre el año 2000 y 2005 y luego por días del 2007 al 2014 y que vivió con sus padres hasta el 2013 en el mismo apartamento donde laboraba la accionante y que era su progenitora la que le pagaba y que la accionante no tuvo contrato continuo porque se casó y hubo un tiempo que no trabajo, de ahí que al no demostrarse a relación laboral con el señor Díaz, se le absuelve de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe revocar la decisión en cuanto absolvió a JUAN MANUEL DÍAZ, ya que dentro de las pruebas recaudadas si se puede establecer que el mismo fungió como empleador, pues en su declaración lo confirma, sin que exista sustento en el hecho que no le haya dado instrucciones y más cuando queda probado que la prestación del servicio se le dio a una familia. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, indica que basta con que se afirme la terminación del contrato de trabajo, trasladando la carga de la prueba a la parte demandada para que justifique la causal y en este caso, ella cumplió con su carga al afirmar que si le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa, lo cual se desprende de la declaración de la señora Libia en donde afirma que en razón a que la actora requería de los servicios médicos porque estaba pronta a una cirugía y necesitaba de una empleada de tiempo completo; razón por la cual se puede establecer que por ello prescindió de sus servicios. Sobre la sanción por no consignación de las cesantías, expone que la terminación del contrato se hizo en un estado en el que ella requería de una protección especial en atención a que estaba pronta a una cirugía, de ahí que ante la falta de consignación de las cesantías debe ser condenada al pago de la referida sanción. Finalmente, solicita se condena al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que se encuentra

demostrado que la terminación del contrato de trabajo se dio por sus condiciones de salud dado que estaba pronta a una cirugía y en esas condiciones no podía atender a los demandados.

De otro lado, **los demandados apelaron la decisión,** señalando que los pagos a COLPENSIONES si se realizaron.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y la el señor JUAN MANUEL DÍAZ MAHECHA, existió un contrato de trabajo y si como consecuencia de ello, deviene el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar, al igual que se analizará si la demandante fue despedida sin justa causa gozando de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud y por ende, procede el pago de la indemnización por despido y de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Leu 361 de 1997. Finalmente, se estudiará lo relativo a la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.

En cuanto a la excepción de prescripción declarada por el a quo, las condenas impuestas por concepto de cesantías y los extremos de las relaciones laborales además de la existencia de esta con los demandados LIBIA MAHECHA y NEFTALÍ DÍAZ, la Sala no se pronunciará al respecto como quiera que las partes no presentaron reparo alguno al respecto.

Así mismo, en lo referente al recurso de apelación de los accionados LIBIA MAHECHA y NFTALÍ DÍAZ este se declarará desierto, en la medida que no fue sustentado en debida forma, por cuanto estos solo señalaron que pagaron los aportes sin sustentar su dicho con base en los argumentos dados por el a quo para proferir condena sobre ello.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre la demandante y los señores LIBNIA MAHECHA y NEFTALÍ DÍAZ, la cual fue

declarada por el a quo y que data del 1° de enero de 2006 al 30 de septiembre de 2013, en el que la actora laboró para ellos como empleada del servicio doméstico por días, tres veces a la semana, lunes, miércoles y viernes.

Ahora en lo que se refiere a JUAN MANUEL DÍAZ MAHECHA, se tiene que según el artículo 24 del CST, "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo",* de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

> *"Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador."*

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio de la demandante parta con el demandado, este en su **interrogatorio de parte,** afirmó que la accionante era la empleada de sus padres, con quienes vivió hasta el año 2013 y eran ellos quienes le pagaban el salario y su señora madre era la que manejaba los temas de la casa.

LIBIA MAHECHA DE DÍAZ, señaló que esporádicamente le decía que arreglara el apartamento de su hijo en la mañana y ella era la que le pagaba por ello.

Conforme a ello, si bien la demandante en algunas ocasiones prestó el servicio de aseo en el apartamento del demandado, al igual que cuando este vivió con sus padres, la accionante era la empleada domestica de ellos, no se probó por parte de la accionante que la prestación del servicio lo fuera a favor de este, por el contrario y así lo señaló el a quo, dicha prestación lo fue a favor de los señores Libia y Neftalí, tanto así que la citada señora acepta que era ella quien le pagaba, daba las ordenes y le enviaba a donde su hijo, sin que se denote

que Juan Manuel, haya tenido injerencia alguna al respecto, como tampoco se probó que este le haya dado ordenes y por ende, la actora estuviera bajo su subordinación; de ahí que no recaiga en su favor la presunción de que trata el mencionado artículo 24 del CST.

De suerte, que al no demostrarse la prestación personal del servicio de la demandante para con el demandado JUAN MANUEL DÍAZ no es dable declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y si bien el servicio se prestó a una familia, lo cierto es que la subordinación venia de los padres de este, quienes eran los que le pagaban y le decían que tenia que hacer; por lo que sobre este punto se confirmará la decisión de primera instancia.

Terminación del contrato de trabajo e indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

Manifiesta la demandante en su interrogatorio, que el 9 de septiembre de 2016 le informó a la señora Libia que le iban a realizar una cirugía, luego regresó el lunes, miércoles y el jueves llegó otra señora y ella le dijo que no iba a hacer aseo porque la nueva señora debía saber como hacerlo. Expone que sabia que la iban a reemplazar porque el día anterior acompañó a la demandada a comprar las cosas que iban a usar y ella le dijo lista la habitación de la nueva empleada porque llegaba el jueves y por eso no volvió el viernes. Aduce que no regresó porque la despidieron, por cuanto la demandada le dijo que tranquila que, si le iban a realizar una cirugía, pero

que necesitaba una empleada interna, a lo que ella le dijo que si quería se iba a trabajar la semana completa e incluso había hablado con la cuñada de la demandada a quien también le trabajaba, pero le dijo lo de la cirugía y por ello la despidió.

A su turno, la señora **LIBIA MAHECHA** indicó que la demandante dejó de prestar el servicio porque su esposo tenía determinada edad y estaba muy en enfermo al igual que ella y le dijeron a la accionante que iban a buscar una empleada interna para que los cuidara en las noches, e incluso la accionante les propuso que iba en las noches y que la hija iría de día, pero eso implicaba doble salario y doble empleada, e incluso el día que llegó la nueva empleada, al actora la ayudó a tender la cama y sabia que llegaba la otra persona. Sostiene que se fue, al punto que le toco llamarla varias veces para que fuera a reclamar el dinero. Finalmente, expresa que no tenía conocimiento que a la accionante se le fuera a practicar alguna cirugía.

Finalmente, **JUAN MANUEL DÍAZ** refirió que como sus padres son personas mayores, estaban buscando una persona que estuviera con ellos tiempo completo, ya que la accionante no tenía disponibilidad.

De lo anterior se colige, que se encuentra probado que la terminación del contrato de trabajo de la accionante para con los demandados, devino porque estos necesitaban una empleada de tiempo completo, de lo cual le infirmaron a la actora, quien sabía que llegaría una persona a reemplazarla, sin que se en encuentre acreditado que los demandados sabían que le iban a practicar una cirugía a la demandante, pues no se encuentra probado que ellas les hubiera informado de tal situación y menos aún que la causa de la culminación del vínculo haya sido por ello, tanto así que tal procedimiento se realizó tan solo 2 meses y medio después de finiquitada la relación laboral, sumado al hecho que para la data de terminación, la demandante no estaba incapacitada o se encontraba en algún tipo de tratamiento como para inferir que gozaba de estabilidad laboral, de ahí que no haya lugar al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Con todo ello, queda plenamente demostrado que la demandante al momento de la terminación de la relación laboral no gozaba de estabilidad

laboral alguna, empero, si se encuentra probado el despido por otras razones, las cuales datan de la necesidad de los demandados de tener una empleada interna, dada su condición de salud y la indisponibilidad de la actora para ello.

Circunstancia esta que se no se enmarca dentro de las cuales establecidas en el artículo 62 del CST, para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, de ahí que haya lugar al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, para lo cual se tendrá en cuenta una prestación del servicio del 1° de junio de 2006 al 30 de septiembre de 2016, equivalente a 10 años y 9 meses laborados. Respecto al salario, teniendo en cuenta que en tratándose de los años 2006 a 2009 y 2012 se tendrá el salario mínimo legal mensual vigente, como quiera que el a quo así lo indicó dado que para esas anualidades no se demostró su valor pues solo se probó $25.000 para 2010, 2011 $30.000, $35.000 2013 – 2014 y $40.000 2015 – 2016.

2006: 30 días = $408.000
2007: 20 días = $289.140 ($433.700 / 30 = $14.457 x 20)
2008: 20 días = $307.666 ($461.500 / 30 = $15.383 x 20)
2009: 20 días = $331.266 ($496.900 / 30 = $16.563 x 20)
2010: 20 días = $500.000 ($25.000 x 20)
2011: 20 días = $600.000 ($30.000 x 20)
2012: 20 días = $377.800 ($566.700/ 30 = $18.890 x 20)
2013: 20 días = $700.000 ($35.000 x 20)
2014: 20 días = $700.000 ($35.000 x 20)
2015: 20 días = $800.000 ($40.000 x 20)
2015: 20 días = $800.000 ($40.000 x 20)
2016: 15 días – fracción = $600.000 ($40.000 x 15)

Total indemnización por despido: $6.413.872

Suma esta que deberá indexarse al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual deberá tomar como IPC INICIAL el de diciembre de 2015 y como IPC FINAL el de la anualidad anterior a la fecha en que se efectúe el pago.

Sanción por no consignación de las cesantías a un fondo

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

Dicho lo anterior, en lo que se refiere a las cesantías causadas del 2006 al 2009, no se demostró por parte de la accionada que su actuar haya sido de buena fe al no haberlas sufragado, pues si bien acepta la existencia de la relación laboral, lo cierto es que nada dice en lo referente al pago de tales emolumentos, por lo que sería del caso condenar a la demandada al pago de la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no obstante, la misma se encuentra afectada por la prescripción, pues contrario a las cesantías, dicha sanción si está sujeta a la aplicación de este medio exceptivo.

Lo anterior teniendo en cuenta que la sanción se causa el 15 de febrero de cada año, por lo que, bajo ese entendido, las cesantías del año 2006 se debieron consignar a más tardar el 14 de febrero de 2007 y así con cada una de ellas, hasta la de 2009 que debió consignarse a mas tardar el 14 de febrero de 2010, el 18 de septiembre de 2016 se efectuó la reclamación y la demanda se presentó el 13 de octubre de 2017 (fl. 22), sobrepasando el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Lo mismo sucede con las cesantías causadas y pagadas para las anualidades de 2010 a 2012, esta última que se debió consignar a más tardar el 14 de febrero de 2013, pues el a quo declaró probado dicho medio exceptivo respecto de los emolumentos causados con anterioridad al 18 de septiembre de 2013.

Ahora, en lo que se refiere a la no consignación de las cesantías de los años 2013 a 2015, por cuanto las de 2016 dado que el contrato culminó el 30 de septiembre de 2016, se debían cancelar a la finalización, lo que en efecto sucedió; se encuentra demostrada la buena fe de los demandados, pues si bien no las consignaron, como era su obligación, si se las pagaron a la accionante, junto con las de 2010 a 2012, tal como se evidencia de la

documental de folios 47 a 60, lo cual hacían el 31 de diciembre de cada anualidad, tan así que el a quo no impuso condena alguna al respecto, por lo que el haberlas pagado constituye un acto de buena fe, en tanto no se sustrajeron de su obligación de pagarlas dada la existencia del contrato de trabajo.

Así las cosas y sin más, consideraciones se **REVOCARÁ** parcialmente el ordinal sexto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a los demandados al pago de la indemnización por despido injusto.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dado que el recurso de la parte actora prosperó parcialmente y el de los demandados se declaró desierto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL SEXTO de la sentencia apelada y en su lugar, CONDENAR a LIBIA MAHECHA DE DÍAZ y a NEFTALÍ DÍAZ ROMERO a pagar a la demandante indemnización por despido sin justa causa, en cuantía de **$6.413.872,** la cual deberá indexarse al momento de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANTONIO MARÍA GÓMEZ GARAY contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ANTONIO MARÍA GÓMEZ GARAY,** se **condene** a la demandada al pago del incremento pensional del 14%por persona a cargo, a partir del 7 de enero de 2006, más la indexación de las unas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 1 y 2), señaló que mediante resolución 020717 de 2006el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 7 de enero de 200, con fundamento en el decreto 758 de 1990. Sostiene que contrajo matrimonio con LUZ STELLA TRUJILLO GÓMEZ el 15 de marzo de 1975, con quien convive de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y lecho, además de depender económicamente de él, puesto que no trabaja ni percibe pensión. Expone que el ISS en al ciada resolución no le reconoció los incrementos por personas a cargo, por lo que el 24 de octubre de 2017 elevó reclamación administrativa, la cual le fue negada por COLPENSIONES.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 26 a 32), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta os contenidos en los numerales 1, 2 7 y 8 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de agosto de 2019 (CD – fl. 61), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que de conformidad con la sentencia SU 140 de 2019, los incrementos por personas a cargo fueron sujetos de derogatoria orgánica a raíz de la expedición de la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que quiere decir que a aquellos afiliados a los que se les reconoció el derecho pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, pero con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se les puede reconocer el incremento a menos que hubiesen causado su derecho antes del 1° de abril de 1994 y solo para ellos es posible verificar si existió una prescripción parcial de su derecho. Refiere que en el presente asunto, al demandante se le reconoció la pensión de vejez con posterioridad a dicha data, esto es, el 7 de enero de 2006, de ahí que no tenga derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

CONSULTA

La parte de demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ANTONIO MARÍA GÓMEZ GARAY, conforme se infiere de la copia de la Resolución 020717 del 30 de mayo de 2006 (fl. 20), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de $2.191.831, a partir del 7 de enero de 2006.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

> *"Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."*
>
> *(…)*
>
> *"Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993."*

(…)

"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.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir."

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar,** la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

"7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, "a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria"

(…)

"9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones".

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

> *"… 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el* ***deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos*** *que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional…"*
>
> *"Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo."*

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento,** lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

> *"Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:*
>
> *"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes"* (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

> *"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"* (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador:** pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y *"para interpretar las leyes"*, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

*"**ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general.* ***La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **7 de enero de 2006,** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

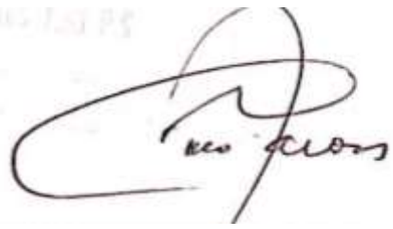
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ENRIQUE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JORGE ENRIQUE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,** se **declare** que en la determinación del monto de la mesada que por jubilación le otorgó la CAR, omitió tener en cuenta devengos, ingresos, prebendas y acreencias efectivamente causadas durante el último año o pluralidad de años de la relación laboral y que además de la asignación básica mensual, causó sueldo, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, prima de vacaciones, vacaciones compensadas en dinero, auxilio de alimentación, dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, prima de servicios, prima anual de servicios, prima de antigüedad, primas semestrales, viáticos, prima de olor, prima por manejar equipo pesado, los cuales se obviaron al momento de efectuar la liquidación de la mesada pensional. Que COLPENSIONES omitió incluir en la determinación del IBL los devengos y acreencias efectivamente percibidas y reportadas por el empleador, como también el incremento por personas a

cargo. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la CAR a la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los devengos, ingresos, prebendas, y acreencias causadas durante el último año o pluralidad de años de la relación laboral, más el pago de las diferencias causadas e indexación de la primera mesada pensional. Se **condene** a COLPENSIONES a la reliquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta los devengos, prebendas, y acreencias causadas durante el último año o pluralidad de años, más el incremento del 14%. Se **condene** a la CAR al restablecimiento del mayor valor de la pensión, a las demandadas a la indemnización integral de perjuicios, intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho. En subsidio, pide el reconocimiento de la pensión convencional (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 y 4), señaló que durante la relación laboral que lo unió a la CAR además de la asignación básica, causó la prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por vacaciones y estas pagadas en dinero, prima semestral de servicios, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales, festivos, ciáticos, quinquenio y días de descanso compensados en dinero, sin que la entidad tuviera al momento de determinar el monto de la pensión, tales emolumentos, es decir, el promedio del último año o pluralidad de años, estableciendo una mesada pensional 85% inferior a la que le correspondía. Refiere que durante la relación laboral le efectuaron descuentos por tales conceptos al ISS hoy COLPENSIONES quien al determinar el IBL no los tuvo en cuenta, como también omitió los incrementos por personas a cargo. Refiere que las demandadas le han causado perjuicios morales, materiales y de relación. Finalmente, aduce que agotó el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6° del CPL.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 36 a 59), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 31 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones

las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

De otro lado, la **CAR** se opuso las pretensiones del introductorio (fls. 67 a 79). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 3 a 12 parcial y 31 parcial y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de prueba solemne de la convención colectiva de trabajo, prescripción de mesadas pensionales y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de septiembre de 2019 (CD – fl. 140), **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de la resolución a través de la cual la CAR le reconoció la pensión, se desprende que para liquidar la misma, la entidad tuvo en cuenta los sueldos, prima de antigüedad, horas extras, bonificaciones, primas, subsidio de transporte y de alimentación, es decir, conceptos adicionales a los que señalaba la Ley 33 de 1985 y a lo que la Corte ha señalado que para la aplicación de esta normatividad, se deben tener en cuenta únicamente los factores en ella señalados, por lo que en el presente caso, aduce que si se sujetan a la referida ley, se le tuvieron adicionalmente otros factores, de ahí que no le hayan faltado factores sino que por el contrario, le sobraron, los cuales, entiende le fueron incluidos en virtud de la convención colectiva de trabajo, pues en la resolución se hace la liquidación con base en el artículo 79 del acuerdo convencional, por lo que no existe fundamento jurídico ni factico para exigir una reliquidación

que comprende lo devengado en el último año de servicios, estableciendo que tampoco hay lugar al reconocimiento de la pensión convencional. En cuanto a COLPENSIONES, menciona que dicha entidad le reconoció la pensión de vejez con base en 1.071 semanas, arrojando una tasa de reemplazo del 78% y en la cual, tuvo en cuenta los aportes que le realizaron los empleadores para cubrir los riesgos de IVM, luego no puede pedírsele a COLPENSIONES que reliquide la pensión con base en unos factores sobre los cuales le correspondía cotizar a los empleadores y en caso de no haberlos sufragado, lo correcto era solicitarle a estos el pago del respectivo cálculo actuarial, empero, precisa que la CAR efectuó los aportes con base en lo dispuesto en la Ley 33 de 1985. Finalmente, en lo que se refiere a los incrementos por personas a cargo, expone que en el presente asunto no aplica la SU 140 de 2019, como quiera que al actor le fue reconocida la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, en enero de 1991, empero, al estudiar la pretensión, se observa que no existe prueba de la dependencia económica, en tanto los testigos allegados al proceso son de oídas, pues su dicho se basa en lo que el accionante les contaba cuando se reunían en la cooperativa, sin que les conste como era la relación con la compañera, al punto que uno de ellos señaló que no los visitaba y que solo se veían en aquel lugar, al punto que si el testigo no da el nombre de la compañera, al día de hoy no se tendría conocimiento de ello en la medida que en el escrito de demanda no se hizo alusión a ello; considerando que sobre este punto se debe absolver a la demandada, junto con lo relacionado con los perjuicios los cuales tampoco se probó su causación.

CONSULTA

El demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a que tanto la pensión de jubilación que le fue reconocida por la CAR como la de vejez otorgada por COLPENSIONES sean reliquidadas teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios o pluralidad de años, incluidos en el caso de esta última, los factores sobre los cuales cotizó el empleador.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE ENRIQUE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución 3812 del 8 de octubre de 1986 (fls. 22 a 24), mediante la cual la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR le reconoció la pensión de jubilación al demandante en cuantía de $43.745,75 a partir del 1° de agosto de 1986, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y el artículo 79 de la convención colectiva de trabajo, este último que establece una tasa de reemplazo del 80% del promedio de los sueldos o salarios devengados en el último año de servicio, para quienes adquieran el derecho a la pensión de acuerdo a las leyes vigentes y tengan más de 10 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la Corporación.

Así mismo, el ISS hoy COLPENSIONES con la Resolución 1064 del 27 de octubre de 1993 (fl. 136), le otorgó al accionante la pensión de vejez en cuantía de $51.720 a partir del 24 de enero de 1991, en los términos del Decreto 758 de 1990, compartida con la de jubilación concedida por la CAR, quien en acto administrativo 0137 del 25 de enero de 1994 (fl. 137), reconoció al actor la diferencia entre el valor de la pensión reconocida por el Instituto y la de jubilación concedida por aquella, a partir del 1° de diciembre de 1993.

Reliquidación de la pensión de jubilación otorgada por la CAR

Al respecto, se tiene que la CAR al otorgar la prestación, tuvo como factores para liquidar la misma, el promedio de lo devengado por el actor en el último

año de servicios, tales como sueldos, prima de antigüedad, horas extras, bonificaciones, primas, subsidio de alimentación, transporte y otros.

Factores que se encuentran consagrados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y que se circunscriben a la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Así mismo y de acuerdo al artículo 79 de la convención colectiva de trabajo (fl. 103 vuelto), se le incluyeron los subsidios de alimentación, transporte y el denominado "*otros*".

De donde se colige, que la pensión otorgada por la CAR tal y como lo señaló el a quo, se encuentra ajustada a derecho, pues la misma en atención a la norma legal y convencional citadas en precedencia, liquidó la prestación incluyendo los factores allí contenidos, sin que haya lugar a incorporar otros, en tanto no existen otras disposiciones adicionales a las ya citadas, que así lo contemplen.

Reliquidación de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES

Analizada la liquidación de la pensión efectuada por COLPENSIONES que obra en el expediente administrativo de folio 65, se observa que esta tomó el promedio de las cotizaciones efectuadas en las últimas 100 semanas como los dispone el artículo 20 del Decreto 758 1990. Aportes cuyo IBC corresponde al reportado por la CAR, de acuerdo a los factores señalados en la Ley 62 de 1985, según se infiere de la historia tradicional que milita en el referido expediente.

Siendo ello así, es claro que no hay lugar a reliquidar la prestación toda vez que la misma se ciñó a la norma sobre la cual se le otorgó la prestación, sin que haya lugar a incluir factores adicionales a los que el empleador reportó como IBC, en tanto el ente de seguridad social no puede ir más allá de lo que indica dicho reporte; luego pese a que el actor considerara que este no

incluía la totalidad de los devengado por él, lo cierto es que la CAR no podía agregar factores adicionales a los que la norma en comento dispone, como tampoco se probó que la convención de la cual era beneficiario, dispusiera la cotización sobre otros factores diferentes a los enunciados en la citada Ley 62 de 1985.

Incrementos por personas a cargo

De plano, observa la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que si bien el a quo la negó bajo el entendido que no se demostró la dependencia económica, lo cierto es que de la lectura de la Resolución 10614 de 1993 (fl. 136), se desprende que tales incrementos le fueron otorgados junto con la pensión, toda vez que en el citado acto, aparece una casilla denominada "*incremento cónyuge",* en la cual, se indican los valores a reconocer por dicho concepto para los años 1991 a 1993. Tan así, que en los documentos que aparecen en el expediente administrativo (CD - fl. 65), se observa que el actor anexó junto con los requeridos para el reconocimiento de la pensión, los relacionados con el incremento por cónyuge a cargo, de ahí que el ente se seguridad social se los haya reconocido como se indicó en precedencia.

Así las cosas, como quiera que las liquidaciones de las pensiones otorgadas al actor tanto por la CAR como por COLPENSIONES se encuentran ajustadas a derecho, al igual que se demostró que le fue reconocido por parte de COLPENSIONES los incrementos por personas a cargo, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

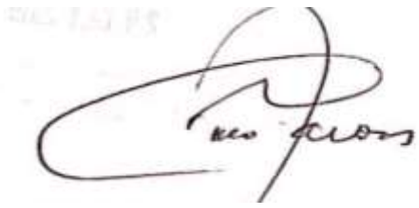
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALIX YOLANDA MORENO PÉREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ALIX YOLANDA MORENO PÉREZ,** se **declare** la nulidad e ineficacia del traslado inicial del régimen de prima media al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a su retorno inmediato al RPM manteniendo los beneficios del mismo y a recibir los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adiciona de la aseguradora, junto con los rendimientos causados y a COLFONDOS la devolución de dichos valores a COLPENSIONES, más lo que resulte probado ultra y extra petita (fls. 82 a 85).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 76 a 78), señaló que nació el 2 de julio de 1964 y se afilió al ISS el 6 de noviembre de 1987, encontrándose, cotizando a esta a 1° de abril de 1994, aportando hasta el

30 de noviembre de 2006. Refiere que el 9 de octubre de 2006 firmó formulario de afiliación a COLFONDOS, quien no le informó que bajo el RPM tenía una expectativa pensional legítima que se consolidaba en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, como tampoco que el reconocimiento de la pensión en el RAIS estaba sujeto a un monto base de aportes en la cuenta de ahorro individual, el cual nunca fue determinado para tener derecho a la pensión con el salario mínimo legal mensual vigente y que en caso de no acogerse al retiro anticipado era obligatorio seguir cotizando hasta los 57 años de edad para alcanzar una mesada pensional que dista bastante del IBL al que tiene derecho en el RPM, al igual que omitió asesorarla acerca de las consecuencias y efectos futuros del traslado. Finalmente, expone que se agotó el trámite administrativo ante de las demandadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 116 a 120), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5 y 6 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios en el consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, buena fe, prescripción y compensación.

COLFONDOS contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 132 a 150). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 7 y 8 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios en el consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de septiembre de 2019 (CD – fl. 163), **declaró** la ineficacia del traslado que hizo la demandante entre el RPM y el RAIS el 9* de octubre de 2006, **ordenó** a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, **ordenó** a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los conceptos que fueren trasladados, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **condenó** en costas a las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para cada una y las **absolvió** de las demás pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión, indicando que desde su fundación, las AFP tienen las obligación de garantizar la filiación libre y voluntaria mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las diferentes opciones posibles en el mercado, aquella en la que mejor se ajuste a sus intereses, a lo que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que al afiliado al momento del traslado, se le debe suministrar información acerca de los beneficios del régimen al que pretende trasladarse, el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, al diferencia en el pago de los aportes que allí se realizaría y las implicaciones de una eventual decisión, sin que se pueda hablar de una libertad infirmada cuando la persona desconoce la incidencia que sobre sus derechos pensionales acarrea la decisión, quedando a cargo de las AFP la carga de la prueba en demostrar que documentaron suficientemente al afiliado las consecuencias del cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito. Refiere que la demandante se afilió al RPM desde el 6 de noviembre de 1987 en donde cotizó 986,14 semanas, posteriormente se traslada al RAIS a través de COLFONDOS el 9 de octubre de 2006 y allí permanece hasta la actualidad. Sostiene que si bien al actora reconoce que firmó el formulario por motivos laborales, no se evidencia que durante o después la AFP le haya brindado la asesoría conforme a la Ley y la jurisprudencia, sin que desplegara alguna actuación con el fin de demostrar que en el año 2006, le hubiere suministrado algún tipo de información

adicional diferente a la que reposa en el formulario de afiliación y que no contiene mayores datos a los personales de la accionante, sin que el hecho de plasmar la firma de por cierto que en efecto se le brindó la correcta asesoría; por lo que considera, se debe declarar la ineficacia del traslado.

APELACIÓN

COLFONDOS interpuso recurso de apelación, manifestando que la entidad desde el momento de su creación, ha contado con un departamento especializado que capacita y brinda a sus agentes comerciales todas las herramientas y elementos a fin de que puedan informar de manera clara y adecuada a los potenciales afiliados sobre las consecuencias, ventajas o desventajas que tiene su decisión de trasladarse y es así, que al momento del traslado de la demandante, fue una decisión libre y voluntaria por parte de esta, quien consideró que con su permanencia en el RAIS podría cumplir con sus expectativas pensionales. Sostiene que solo a través de la jurisprudencia del año 2008, se regularon las condiciones en que las AFP debían suministrar la información, de ahí que no pueda desde esa data, asumir circunstancias que al momento de la afiliación de la actora no existían, por lo que no incurrió en error, máxime si la actora como consumidora financiera debió adelantar las acciones para informarse sobre las implicaciones de afiliarse al RAIS y es así que se echa de menos que haya efectuado alguna petición, queja o reclamo a efectos de presentar inconformidad por la forma en que se administran sus recursos o la posibilidad de trasladarse al RAIS. Menciona que para haber efectuado una proyección, se debe tener en cuenta que existen factores que son ajenos a la entidad, tales como las cotizaciones, la confirmación del núcleo familiar, la fecha en que desearía pensionarse y la redención del bono pensional, lo cual, dada la naturaleza del RAIS pueden variar. Aduce que se le impone la obligación de trasladar todos los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluyendo gastos de administración y aportes a la aseguradora, los cuales son de orden legal y en tratándose de las aseguradoras, ese dinero se encuentra en poder de aquellas y en lo que tiene que ver con los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que la actora recibió unos rendimientos que dada la naturaleza del RPM, ello no hubiera ocurrido por cuanto en ese régimen no existen, presentándose un enriquecimiento sin causa.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión** señalando que no puede endilgársele responsabilidad alguna en los traslados efectuados por la actora, máxime si no tenía como saber que se encontraba viciada la voluntad del afiliado a la hora de trasladarse, además resulta gravosa dada la sostenibilidad financiera de la administradora, de ahí que no sea procedente la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener

una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ALIX YOLANDA MORENO PÉREZ el 9 de octubre de 2006 (fl. 129), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde octubre de 2006 a marzo de 2016 (fl. 70). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 111 a 114), se evidencia que cotizó a esta de forma interrumpida del 6 de noviembre de 1987 al 30 de noviembre de 2006.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 129 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, lo cual no puede suplirse con la firma del formulario, en tanto la accionada estaba obligada a acreditar la asesoría brindada en ese momento respecto de los aspectos relacionados en líneas anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP COLFONDOS a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás

rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR, el ordinal segundo del proveído apelado y consultado, en el sentido de ordenar a COLFONDOS el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social, como lo disponen las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte, pues al restituirse las cosas a su estado inicial, es claro que tanto los descuentos por gastos de administración y seguros previsionales deban devolverse pese a que sean de orden legal, a más, que en tratándose de estos últimos, no se probó que en efecto los haya cancelado a una aseguradora.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, en lo que a la condena en costas a cargo de COLPENSIONES se refiere, cabe anotar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas, sin que para ello se deba tener en cuenta la injerencia o no de la parte en la condena

impuesta, de ahí que al haberse condenado a COLPENSIONES a recibir los aportes, reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral, deba ser condenada en costas, como en efecto lo hizo el a quo.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma entes anotada y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES dada la improsperidad de los recursos interpuestos.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

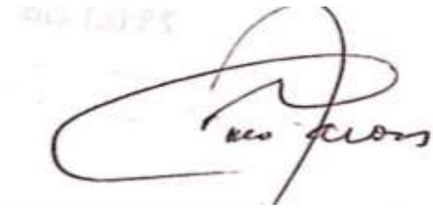
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS el traslado a COLPENSIONES, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

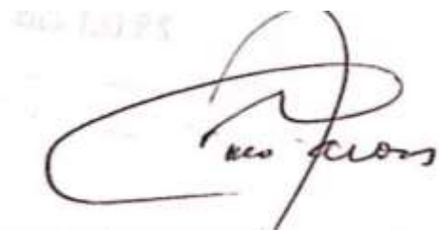
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA SHIRLEY SALAZAR FRANCO contra FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DIANA SHIRLEY SALAZAR FRANCO,** se **declare** que existió un contrato de trabajo con CAPRECOM EICE LIQUIDADO entre el 1° de julio de 2014 y el 14 de enero de 2016, que es beneficiaria por extensión a terceros de la convención colectiva de trabajo 1997 – 1998 y siguientes celebradas entre CAPRECON y SINTRACAPRECOM. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada pago de las cesantías, vacaciones, prima convencional de junio, prima convencional de navidad, prima legal y convencional de vacaciones, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización moratoria, reembolso de los dineros pagados por concepto de aportes a pensión y salud, indexación de las sumas que no sean susceptibles de indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y

extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 3 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 7 a 10), señaló que se vinculó a CAPRECOM mediante sendos contratos de prestación de servicios, desde el 1° de julio de 2014, los cuales se fueron prorrogando hasta el 14 de enero de 2016, cuando la entidad unilateralmente y sin justa causa culminó el contrato de trabajo, devengando como último salario la suma de $1.271.000. Refiere que siempre desempeñó el cargo de auxiliar administrativo de referencia y contrareferencia para apoyar el proceso de autorizaciones, cumpliendo funciones entre otras, las relacionadas con autorizaciones presenciales de servicios POS atención personalizada al afiliado, comprobación de derecho y afiliación de núcleo familiar, la cuales ejecutó em las oficinas de la caja, en un horario de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y con las herramientas suministradas por el empleador. Sostiene que la accionada no le pagó las prestaciones sociales legales y extralegales e indemnizaciones a que tenía derecho durante la vigencia de la relación laboral. Finalmente, aduce que el 8 de septiembre de 2017 elevó reclamación ante FIDUPREVISORA la cual le fue negada por esta el 25 del mismo mes y año.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO contestó la demanda (fls. 75 a 93 y 98 a 100), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 a 4 parcial, 10 a 13 parcial, 15 y 18 a 38 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de mayo de 2019 (CD – fl. 113), **condenó** a la demandada a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas y conceptos:

$1.955.927,78 de cesantías, $977.963,89 de prima de vacaciones, $977.963,89 de vacaciones, $2.272.334,93 por porcentaje que le correspondía en calidad de empleador por las cotizaciones a pensión y salud, $42.366,67 diarios a partir del 15 de abril de 2016 y hasta que se realice el pago efectivo por concepto de indemnización moratoria, **absolvió** a la accionada de las demás pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la accionada, demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que quienes laboren en EICE son considerados trabajadores públicos, salvo aquellos que desempeñen labores de dirección confianza y manejo, a igual que el decreto 2127 de 1945 establece la presunción de la existencia del contrato de trabajo entre quien presta servicio personal y quien lo recibe beneficiándose del mismo, de ahí que sea a este a que le corresponda desvirtuar la presunción que respecto de quien prueba la prestación personal del servicio. Señala que en el presente asunto se encuentra probada la prestación personal del servicio de la demandante para con la demandada del 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, operando a su favor la presunción de que trata el referido decreto. Sostiene que de las pruebas allegadas, se denota que la accionante prestó sus servicios a CAPRECOM como auxiliar administrativo de referencia y contrareferencia para apoyar la operación de autorizaciones, teniéndola obligación de efectuar las afiliaciones en general y atención al usuario, a lo que la demandada para desvirtuar la presunción solo allega copia de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y CAPRECOM, sin que con ello de pueda desvirtuar tal presunción, pues no se demuestra que las actividades las desarrollara de forma independiente más aun cuando estaban relacionadas con las actividades de la EPS, adicional a que de los testimonios recaudados se extrae que prestaba sus servicios en el horario señalado por la entidad contratante y en caso de incumplimiento se le llamaba la atención y no podía pedir permisos para atender asuntos personales porque no había quien la reemplazara, lo que permite deducir que prestaba los servicios de manera personal lo cual requería de su presencia constante en las instalaciones de la caja, sin que pudiera tener autonomía en el manejo de su tiempo o en la realización de sus funciones, pues la atención al usuario es focalizada y continua en la

EPS, quedando demostrado que ejecutó su labor de manera subordinada y no independiente, además de depender de las directrices de la entidad para cumplir con el objeto contractual, de ahí que haya lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo. Sobre los extremos, aduce que aparece demostrad que laboró del 1° de julio de 2014 al 14 de enero de 2016 y en lo que tiene que ver con el salario, se tiene que este ascendió a $1.271.000.

Respecto a la excepción de prescripción, mención que esta no se encuentra probada en la medida que el vínculo feneció el 14 de enero de 2016, elevó reclamación el 8 de septiembre de 2017 y la demanda la presentó el 18 de mayo de 2018, sin que transcurriera el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

En cuanto a las prestaciones sociales deprecadas, como quiera que no se demostró que las mismas se hubieren sufragado, se ordenará el pago de cesantías, vacaciones y prima de vacaciones y lo atinente a los beneficios extralegales, no hay lugar a los mismos en la medida que la actora no probó su calidad de beneficiaria del sindicato, como tampoco que este fuera mayoritario, a fin de aplicar la convención colectiva de trabajo, como tampoco se puede analizar la convención 2012 – 2013 por cuanto la misma carece de nota de depósito.

Sobre las cotizaciones a seguridad social, indica que según las planillas de pago aportadas, aparecen los aportes efectuados por la demandante de julio a diciembre de 2014, febrero a diciembre de 2015 y febrero de 2016, de ahoque al probar los pagos, se condenará ala demandada al pago del porcentaje que le correspondía sufragar como empleador.

En lo atiente a la indemnización moratoria, afirma que la demandada no acreditó circunstancias que la exoneren de dicha sanción, habida cuenta que se comprobó que la demandante ejecutó sus funciones de manera permanente en virtud de un contrato de prestación de servicios, el cual se usó peo la demandada para sustraerse de las obligaciones laborales respecto de quien ejerció una actividad subordinada, a fin de evitar el pago de las prestaciones reclamadas, lo que denota mala fe en su actuar; concluyendo que se debe condenar a la demandada al pago de dicha indemnización a

partir del 15 de abril de 2016, en razón de $42.366 diarios y hasta que efectúe el pago de las prestaciones objeto de condena, relevándose del estudio de la indexación.

APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe estudiar la legitimación en la causa por pasiva, pues al observar la fecha de radicación de la demanda, no estaría llamado a responder, pues conforme a la cláusula tercera literal e) del contrato de fiducia, el PAR solo asume la defensa de procesos existentes o en curso a la fecha de terminación del proceso liquidatorio (27 de enero de 2017), por lo que al haberse radicado la demanda con posteridad a dicha fecha, el PAR no tiene que responder por esa reclamación. En lo atiente a la existencia del contrato de trabajo, menciona que se desconocieron las documentales reconocidas en el proceso y con las cuales se demuestra que existió una vinculación como contratista de prestación de servicios de la extinta CAPRECOM, cuyos contratos tenían fecha de inicio y terminación los cuales eran de pleno conocimiento de la demandante. Expone que la Ley 80 de 1993, permite a las entidades públicas la contratación de personal cuando no se cuenta con la planta para el desarrollo de ciertas funciones, de ahí que la Caja efectuara esa contratación. Indica que la accionante desconoce su vínculo como contratista, al igual que la declaración de CARMEN TORRES no ofrece credibilidad en la medida que promovió proceso en contra de CAPRECOM lo cual afecta su imparcialidad y respecto a LUIS HERRERA este no aporta ninguna prueba, pues no compartió el mismo recinto de trabajo c n al demandante, pues solo estuvo con esta una semana, de ahí que sea imposible tener conocimiento de los extremos que se alegan o de las funciones que desempeñaba. Solicita que en caso que prospere la existencia del contrato de trabajo, se revisen los valores liquidados y la sanción moratoria la cual debe desestimarse, pues la condena de la existencia de un contrato realidad no trae como consecuencia la imposición de la sanción moratoria, la cual está supeditada a la prueba de la buena fe, la cual se demuestra con la legalidad de las actuaciones que lo fueron con ocasión a la contratación que permite la Ley 80 de 1993; sumado a que corresponde a quien argumenta, probar la mala fe, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y la extinta CAPRECOM EICE hoy liquidada, existió un contrato de trabajo entre el 1° de julio de 2014 y el 14 de enero de 2016 o si por el contrario, el vínculo que unió a las partes, estuvo regido por sendos contratos de prestación de servicios regulados en la Ley 80 de 1993 y en caso de probarse el vínculo laboral, se analizará si hay lugar al pago de las prestaciones sociales, además de la devolución de lo pagado por la accionante por concepto de aportes a la seguridad social y la indemnización moratoria.

Contrato de trabajo

Afirma la accionante que prestó sus servicios personales a CAPRECOM de manera continua, subordinada y dependiente, además de cumplir un horario, del 1° de julio de 2014 al 14 de enero de 2016.

Según los contratos que militan a folios 51 a 64 y 56 a 60 y la aceptación que del hecho 1° de la demanda hizo la accionada, se tiene que la actora se vinculó a la Caja bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales regulado en la Ley 80 de 1993; contratación esta que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse elementos y características de un contrato de trabajo, lo cual se evidencia de la realidad de la relación y que debe primar frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos con apoyo en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Así mismo y en tratándose de trabajadores oficiales, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975, señala:

> ***"Artículo 20.*** *El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.*"

Al constatar la prestación personal del servicio de la demandante para con la extinta CAPRECOM, la señora **CARMEN YURANI TORRES PÉREZ** señaló que conoció a la accionante porque trabajaron juntas en el año 2014 en la caja,

donde aquella ejecutaba labores de auxiliar de referencia y contrareferencia, cuyas funciones eran las de atender a los usuarios, dar información y orientación en el proceso autorizaciones y citas médicas, al igual que cumplía un horario de 7 am a 5 pm pero este en realidad culminaba cuando ya no habían más turnos que atender. Sostiene que las actividades no podían desarrollarse fuera de las instalaciones de la entidad demandada, además de recibir órdenes de los coordinadores. Expone que debían portar un chaleco con el logo de la Caja, como también existían empleados de plante que ejecutaban las mismas funciones pero salían más temprano por el tipo de contrato y para retirarse de la entidad a atender asuntos personales, debía decirle al jefe inmediato con 8 días y este decidió si otorgaba o no el permiso. Sostiene que no tenían vacaciones y a fin de año les daban solo dos días y que a veces tenían que prestar el servicio domingo o festivo dependiendo si había alguna contingencia.

LUIS HERRERA, manifestó que conoce a la accionante desde 2014, pues se la encontraba en las reuniones de los sábados o cuando tenían que hacer contingencia para las afiliaciones, es decir, cuando se hacían afiliaciones masivas. Aduce que las funciones de la demandante eran las de radicar autorizaciones, atender al usuario y efectuar afiliaciones entre otros, además que ejecutar sus actividades en el puesto de trabajo en Toberín o Bosa, con las herramientas que le suministraba la caja, junto con un correo institucional. Refiere que cumplían órdenes del coordinador y un horario que era de 7 am a 5 pm, el cual se extendía si aún no terminaban de atender el público o se caía el sistema. Finalmente, afirma que si se incapacitaban, los días se los descontaban, como tampoco gozaban de vacaciones.

En cuanto a la testigo CARMEN TORRES, si bien demandó a la accionada el iguales circunstancias a la presente, lo cierto es que no por ello se puede decir que su dicho carece de credibilidad, pues el mismo coincide lo con expuesto por el señor Herrera, sumado que al ser una compañera de trabajo, es claro que tiene conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ejecutó la actora sus funciones, las cuales indica desarrollo en similares condiciones. Aspecto este a lo que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL – 3160 de 2019, en la que hizo alusión a la 22842 del 30 de septiembre de 2004, señaló:

"Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar, resulta desacertado el cuestionamiento del recurrente a los testigos decretados y practicados en favor del demandante, dado que el hecho de que los deponentes hubieran efectuado reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra una de las partes del proceso, o simplemente pertenezcan a un círculo social o determinada posición socioeconómica, no invalida el testimonio, ya que es de su declaración, el contenido de sus afirmaciones y explicaciones, su ubicación temporal en los hechos, entre otros aspectos objetivos en el momento de su práctica, lo que el juzgador debe valorar, a fin de encontrar la verdad real de lo planteado por los contendientes.

Precisamente, cuando se trata de compañeros de trabajo, la Corte ha sostenido la importancia de su declaración, si el objeto de lo debatido tiene que ver con el escenario laboral. Así, en sentencia CSJ, rad. 22842, del 30 sep. 2004, se dijo:

> *«(...) En efecto, cabe advertir inicialmente que no es atendible la alegación según la cual los testimonios fueron mal apreciados por las declarantes por haber entablado un proceso laboral contra la compañía demandada por los mismos hechos debatidos en el que ahora ocupa la atención de la Corte, pues esa circunstancia no fue inadvertida para el Tribunal, que consideró que la tacha efectuada sobre esos testigos fue extemporánea, cuestión que la censura no controvierte, y que no se puede pensar que un testimonio sea sospechoso cuando se trata de "las personas presenciales de los hechos, porque los sufrieron igual que los demás trabajadores, porque asistieron al mismo lugar, el día hora (sic)" (folio 164 del cuaderno del Tribunal).*
>
> *Este razonamiento para la Corte no es notoriamente desacertado, porque si se da una circunstancia que involucra al testigo con el hecho del cual tiene conocimiento, el juez debe sopesar la declaración y no desestimarla por esa sola razón, pues si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos y puede dar noticia acerca de ellos, su versión puede ser fundamental para establecer la verdad real.*

Por tal razón, ha explicado esta Sala de la Corte:

> *"Empero, las reglas de la sana crítica no obligan a negarle credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda en él existir, ya que difícilmente habrá un proceso laboral en el cual quienes declaran no tengan alguna relación o bien con el patrono, por ser empleados directivos o representantes del mismo frente a los demás trabajadores, o bien con el trabajador, por ser sus compañeros de labor o por la circunstancia de pertenecer al mismo sindicato. En un proceso laboral lo usual es que quienes rinden testimonio son las personas que conviven en la empresa y que entre sí tienen tratos de diferente índole, unos jerárquicos, otros de amistad, o al menos de compañerismo, e incluso relaciones inamistosas, por ser también natural que la convivencia pueda generar discordias o desavenencias, e incluso 'celos profesionales'.*

> *Por todos estos especiales motivos la labor del juez laboral en ejercicio de las amplias facultades que le confiere el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo debe ser especialmente cuidadosa, y debe por ello el juzgador extremar su prudencia y su buen juicio para no caer en el facilismo de negar credibilidad a un testigo por circunstancias que en procesos de naturaleza diferente serían motivo fundado para admitir una tacha o poner en serias dudas la franqueza y veracidad de lo declarado por el deponente" (Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral del 4 de octubre de 1995. Radicado 7202). (...)»"*

Conforme a ello, no cabe duda para la sala que se encuentra probada la prestación del servicio de la demandante para con la demandada, recayendo sobre ella la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, sin que la accionada lograra desvirtuar la misma, en tanto solo aportó los contratos de prestación de servicios celebrados con CAPRECOM, los cuales por si solos, no da cuenta que en efecto la relación que unió a las partes, haya sido autónoma e independiente.

Lo anterior, en tanto que dada las funciones de la demandante, es claro que estas además de hacer parte del objeto de social de la entidad, podían desarrollarse por el personal de planta de esta, pues no requerían un conocimiento especializado, sumado al hecho que la atención al usuario y el registro de afiliaciones, son actividades que no pueden ejecutarse fueran de las instalaciones, con herramientas ajenas a las suministradas y menos aún, en el horario y como el contratista lo desee; habida cuenta que es apenas lógico que para ello se necesita de la presencialidad y subordinación.

De suerte, que se encuentra plenamente acreditado que entre la demandante y CAPRECOM existió un contrato de trabajo del **1° de julio de 2014 y el 14 de enero de 2016**; extremos estos que fueron aceptados por la accionada en la contestación de la demanda; desempeñando la accionante el cargo de auxiliar administrativa de referencia y contrareferencia, con un salario de **$1.271.000**.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes culminó el 14 de enero de 2016, la actora elevó reclamación el 8 de septiembre de 2017 (fl. 23) y presentó la demanda el 18 de mayo de 2018 (fl. 71), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Cesantías, vacaciones y prima de vacaciones

Teniendo en cuenta que no se encuentra acreditado el pago de las cesantías y vacaciones, efectuadas las respectivas operaciones aritméticas y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste el PAR se hace necesario revisar las condenas impuestas, de donde se obtienen las siguientes sumas:

Cesantías:
2014: $1.271.000 x 180 / 360 = $635.500
2015: $1.271.000
2016: $1.271.000 x 14 / 360 = $49.428
Total: $1.955.928

Vacaciones
2014 – 2015: $1.271.000 x 360 / 720 = $635.500
2015 – 2016: $1.271.000 x 194 / 720 = 342.464
Total: $977.954

Sumas estas que coinciden con las otorgadas por el a quo, dado que la Sala efectúo las aproximaciones, por lo que sobre este punto, no se efectuará modificación alguna.

En cuanto a la **prima de vacaciones**, es necesario precisar que la Ley no la contempla para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, razón por la cual se **revocará** la condena impuesta por dicho concepto.

Reembolso de aportes a salud y pensión

Sobre este punto, es de resaltar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, en tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso teniendo en cuenta las planillas de folios 33 a 50 del expediente, es de anotar que la actora efectuó los aportes sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente, de ahí que sobre las sumas canceladas por ella, es que se ordenará la respectiva devolución, descontando para el efecto el 4% que estaba a su cargo, correspondiéndole a la demandada, el pago de **$3.127.032,** suma esta que resulta superior a la que ordenó el juzgador de primer grado, por lo que al ser la accionada la única apelante y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, no se le puede hacer más gravosa su situación, de ahí que se deje la suma que por tal concepto se condenó en primera instancia.

Indemnización moratoria – ponencia compartida

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la misma en principio no es automática y que ésta solo procede dad la mala fe del empleador; de ahí que el concepto de buena fe traiga consigo que el empleador actúe correctamente y sin abusar de posiciones privilegiadas que pueda tener por lo que si pretende beneficiarse de ella deberá demostrarla con el fin de ser exonerado del pago de las aludidas sanciones e indemnizaciones, máxime si basta con que el ex trabajador afirme que hubo incumplimiento en el pago de sus salarios y/o prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato para que opere la presunción de mala fe del patrono.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el actuar de la extinta CAPRECOM no se ajusta a los parámetros eximentes de este tipo de sanciones, pues conocía que las funciones, horarios y demás prerrogativas impuestas a la actora no eran propias de un contrato de prestación de servicios además de ejercer su poder subordinante sobre el mismo y aun así, decidió ocultar la vinculación bajo la referida figura jurídica, sin que la simple afirmación de encontrarse bajo la creencia de un contrato de prestación de servicios o que la demandante sabía lo que estaba firmando, configure un eximente de sanción como así lo ha indicado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral entre otras en proveídos 36506 del 23 de febrero de 2010 y 41936 del 21 de agosto de 2013.

Aunado a ello, el estado de liquidación de la entidad no puede tomarse como un eximente de responsabilidad, caso fortuito o fuerza mayor como lo indica el recurrente, pues la contratación de la actora y el no pago de prestaciones devino con anterioridad a que la Caja entrara en liquidación, al igual que se aclara que las condenas recaen por los actos de CAPRECOM en su momento y no del PAR, pues éste está dado para sufragar las condenas que se impongan a aquel.

Lo anterior conlleva por decisión mayoritaria de la Sala, a condenar a la demandada al pago de la sanción establecida en el decreto 797 de 1949, equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago de las condenas impuestas por cesantías y vacaciones, en cuantía de **$11.989.861**, en razón de **$42.367 diarios basados en el último salario devengado por el demandante que corresponde a $1.271.000, a partir del 15 de abril de 2016** esto es, 90 días después de culminada la relación laboral **y hasta el 27 de enero de 2017**, data en la que finiquitó el proceso de liquidación de CAPRECOM.

Limitación que encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia esto es, en la sentencia SL 1927 de 2019; por lo que sobre este punto se modificará la sentencia apelada.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la responsabilidad del PAR en las condenas impuestas, debe precisarse que dentro de las obligaciones de este, se encuentran las de atender los procesos existentes al cierre de la liquidación y ejercer la representación de los que se inicien con posterioridad, sin que del contrato de fiducia se desprenda, que no deba responder por las condenas que se impongan en estos últimos, por el contrario, sabido es que los patrimonios autónomos fueron constituidos para atender las contingencias de la entidad liquidada, de ahí que la accionada sea la llamada a responder por las condenas aquí impuestas.

Así las cosas, se **REVOCARÁ Y MODIFICARÁ** el proveído de primer grado en lo que a la prima de vacaciones e indemnización moratoria se refiere y se confirmará en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO DEL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada del pago de la prima de vacaciones, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO DEL ORDINAL PRIMERO del proveído impugnado en el sentido de **CONDENAR** a la accionada a pagar a la demandante la indemnización moratoria en cuantía única de **$11.989.861.**

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia objeto de alzada y consulta.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

(Salva voto parcial por la limitación de la indemnización moratoria)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO, la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUZ CAMARGO DE LA HOZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARTHA LUZ CAMARGO DE LA HOZ,** se **declare** la nulidad del traslado del régimen pensional realizado el 11 de junio de 1996 que hizo de CAPRESUB a SKANDIA hoy OLD MUTUAL. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **anule** el traslado efectuado en 1999 a la AFP PORVENIR, se **condene** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes recibidos por cotizaciones obligatorias y rendimientos y a esta, reactive la afiliación, reciba los aportes y los incluya en la historia laboral, actualizándola, incluyendo el tiempo laborado en la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 8), señaló que nació el 21 de julio de 1963 y laboró en la SUPERINTENDENCIA BANCARIA

desde febrero de 1990 hasta enero de 1999, encontrándose vinculada a CAPRESUB, de donde se trasladó en junio de 1996 a PENSIONAR S.A. hoy OLD MUTUAL. Refiere que el asesor de la AFP le dio información basada en aparentes ventajas o aspectos positivos, sin decirle nada en cuanto a las desventajas, pues le indicó que le indicó que podía acceder a una pensión en condiciones más favorables a las que obtendría en el régimen de prima media. Expone que no le informaron respecto de los montos que tendría que cotizar para obtener una pensión igual o superior al RPM, como tampoco le efectuó una proyección pensional y no le dijo las diferencias en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de vejez en ambos regímenes y menos aún, le señaló que la pensión en el RAIS dependería del monto de las cotizaciones y rendimientos, para lo cual debía contar con un salario elevado que le permitiera aportar montos considerables. Menciona que se trasladó bajo la absoluta convicción que le era más favorable, debido a la sesgada información que le fue suministrada. Aduce que, en agosto de 2017, PORVENIR le hizo un cálculo de la pensión, donde se aprecia que a los 57 años sería de $2.293.500 y de $2.880.400 a los 60, siempre que cotice hasta el cumplimiento de esas edades, mientras que en el RPM sería de $4.918.600. Finalmente, afirma que el 14 de marzo de 2018 solicitó a OLD MUTUAL la anulación de su traslado, la cual le fue negada por esta, al igual que el 15 de marzo de 2018, remitió derecho de petición a la UGPP solicitando la nulidad del traslado, como también el 2 de abril de 2018 hizo lo propio ante COLPENSIONES, quien también la negó.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 69 a 84), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 21 y 22 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

OLD MUTUAL contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 97 a 115). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 17, 18 y 20 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones

de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 131 a 139). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 15 y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

De otro lado, en audiencia del 13 de mayo de 2019 (CD – fl. 193), se ordenó la vinculación de la **UGPP,** quien contestó la demanda (fls. 195 a 200), oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 1 y 17 a 24 y sobre los demás, manifiesta que se adhiere a lo que se encuentre probado en el proceso. Como excepciones de fondo, propuso las de falta de reclamación administrativa, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de agosto de 2019 (CD – fl. 251), **negó** las pretensiones de la demanda, **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a la demandante en la suma de $800.000 para cada una de las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que, no es aplicable al caso concreto la línea jurisprudencial que sobre el tema, ha trazado la Corte Suprema de Justicia en cuanto al deber de asesoría de las AFP, toda vez que no se está en presencia de un afiliado lego, sino de una profesional del derecho quien para la fecha del traslado ocupaba el cargo de JEFE DE DIVISIÓN JURÍDICA DE PENSIONES y para la fecha de traslado entre administradoras, era la gerente jurídica de PORVENIR, lo que implica que tenía la obligación de conocer toda la legislación que en materia de seguridad social existía para ese momento y mucho más, las características de cada uno de los regímenes

pensionales que se crearon con la Ley 100 de 1993, así como la imposibilidad de trasladarse cuando cumpliera los 47 años de edad. Sostiene que no puede indicarse que no se le dio información, no solo porque ella podía fácilmente acceder a esta, además de tener la obligación de conocerla como jefe de la división jurídica de pensiones de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA y gerente de jurídica de PORVENIR, sino porque el asesor también le brindó esa información, pues le indicó las características entre ambos regímenes, como así lo señaló en su interrogatorio, advirtiendo que pese a ello la actora se desinteresó de su situación pensional, al punto que decidió de manera libre permanecer en el RAIS, por lo que las pretensiones de la demanda deben analizarse a la luz de la normatividad civil y no de las sentencias de la Corte. Aduce que en el presente asunto no se evidencia la existencia de un vicio en el consentimiento y como no se invirtió la carga de la prueba, la demandante tenía que demostrar que su consentimiento estuvo viciado, lo cual no ocurrió, pues no se trataba de una afiliada lega como se dijo; motivo por el cual, considera se deben negar las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el hecho de conocer la ley no se discute en el proceso, pues el texto de esta es claro, sin embargo, no se puede suponer que tenía conocimiento de todas las características de esos dos regímenes. Refiere que para la época del traslado, no se le brindó la información relacionada con las consecuencias que implicaba el cambiar de régimen y si bien el asesor le dijo las características de ambos regímenes, lo cierto es que la información debió basarse en cual era el capital que necesitaba para acceder a la pensión y lo que necesitaba para acreditar el mismo y la que hubiera podido obtener si seguía en la caja, pues lo que esta en la ley no se debe informar porque está allí; luego es claro que solo se le habló de las bondades del régimen. Indica que el hecho de ser abogada no implica que tuviera conocimiento del tema, pues en estos aspectos la información más que legal es de tipo financiero, lo cual era lógico que no tenía porque saber y menos aún, por laborar en PORVENIR, en tanto es claro que la información que tenia era la suministrada por su empleador en beneficio de este. Finalmente, aduce que, si bien no estuvo afiliada al ISS, lo

cierto es que hizo parte de régimen de prima media con prestación definida, el cual, para ese momento, estaba compuesto por muchas entidades que lo administraban, siendo unificados todos estos por la Ley a COLPENSIONES

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, PORVENIR que es la AFP en la que se encuentra afiliada en la actualidad, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARTHA LUZ CAMARGO DE LA HOZ el 11 de junio de 1996 (fl. 116), se trasladó de CAPRESUP al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL; posteriormente, el 1° de octubre de 1999, se afilió a PORVENIR (fl. 142), donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde diciembre de 1996 a la fecha. Así mismo, de la historia válida para bono pensional (fls. 145 y 146), se evidencia que prestó sus servicios a la SUPERINTENDENCIA BANCARIA del 1° de febrero de 1990, aportando a CAPRESUB desde esa data y hasta cuando se efectuó el traslado.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien la accionante para la data en que se trasladó de CAPRESUB a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL ostentaba el cargo de JEFE DE DIVISIÓN JURÍDICA PENSIONES de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, como también, del interrogatorio de parte que rindió ante el juez de primera instancia, señaló que conocía el contenido de la Ley 100 de 1993 y por ende la existencia de los dos regímenes pensionales, así como la Ley 797 de 2003 que prohibía el traslado entre regímenes pensionales cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse y aun así no se interesó por cambiarse de administradora, al igual que el asesor de PENSIONAR le explicó la diferencia entre los dos regímenes y que en el RPM solo se pensionaria cuando cumpliera los requisitos de edad y tiempo mientras que en el RAIS, dependía del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual; lo cierto es que ello no implica *per se,* que la accionante tuviera pleno conocimiento o claridad sobre el tema y menos aún, eximía a la AFP de brindarle una correcta asesoría, máxime cuando no se sabe de manera concreta que actividades desarrollaba como para inferir que tenía conocimiento del RAIS, sumado al hecho que pese a que el asesor le dijera las diferencias entre ambos regímenes, no se evidencia que le haya informado respecto a la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, a más, que no

bastaba con decirle que la prestación en el RAIS se otorgaba con base en el capital ahorrado, cuando ni siquiera le hizo alusión a la forma como debía obtenerlo, los requisitos para acceder a una pensión en cualquier edad y la manera de obtener el IBL en el régimen de prima media.

De otro lado, tampoco se denota que PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, le haya informado sobre las desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión.

Ahora, si bien la actora el 1° de octubre de 1999, se afilió a PORVENIR (fl. 142), donde se encuentra en la actualidad y para esa época, ostentaba el cargo de gerente de jurídica de dicha entidad, lo cierto es que el conocimiento que pudiera tener o no del RAIS y la información que se le haya podido suministrar en ese momento, la cual, ha de advertirse, brilla por su ausencia, no sanea la falta de información que, como se dijo, se omitió al momento del traslado, pues no sobra recordar que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte entre otras en la sentencia citada en líneas anteriores, la ineficacia del traslado recae sobre el acto inicial de afiliación, en tanto es en esa oportunidad que se debe brindar una información clara, verás y oportuna y no con posterioridad, en la medida que es allí cuando el afiliado toma la decisión y no en otro momento, por lo no sería dable afirmar que esa falta de asesoría se subsanó por el hecho de cambiar de administradora y ser empleado de esta última.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a OLD MUTUAL pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, indicarle solo las diferencias entre regímenes y señalar de manera superficial la forma en que se otorgaría la prestación en cada régimen, den por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, debe precisarse que si bien al momento del cambio de régimen la accionante se encontraba afiliada a CAPRESUB, lo cierto es que dicha caja fue liquidada mediante decreto 2398 de 2003, a lo que el FOPEP asumió el pago de las pensiones que aquella venia cancelando y la SUPERINTEDENCIA BANCARIA quedo a cargo de los reconocimientos; por lo que pese a que la fecha la UGPP tenga a su cargo la administración de los derechos pensionales de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media del orden nacional o de las entidades públicas que se encuentren en proceso de liquidación o se defina su cese de actividad, es claro que esta no puede recibir a la accionante en la medida que acorde a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2208 de 2021, la unidad recibe solo a los afiliados que hayan causado los requisitos para acceder a la pensión antes de la extinción de la caja, lo cual en el presente caso no da, en tanto la actora solo hasta el 2020 cumplió la edad para acceder a la pensión; de ahí que la actora deba pasar a COLPENSIONES.

De suerte que, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP activar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, en la forma establecida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Sin que tal circunstancia en nada afecten la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución en este caso por parte de la AFP PORVENIR a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, expedir la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los

aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que OLD MUTUAL, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a PENSIONAR, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social.

Finalmente, en lo que se refiere al tiempo servido por la demandante a la SUPERINTEDENCIA BANCARIA, una vez esta solicite las prestaciones a que haya lugar a COLPENSIONES y acreditando la existencia del aludido tiempo, este deberá trasladarse a la administradora mediante un bono pensional tipo B, cuyo trámite corresponde a COLPENSIONES, solo cuando la accionante, como se dijo, pida las prestaciones a que crea tiene derecho.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuará el demandante del RPM al RAIS, con las consecuencias que ello conlleva.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y OLD MUTUAL, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

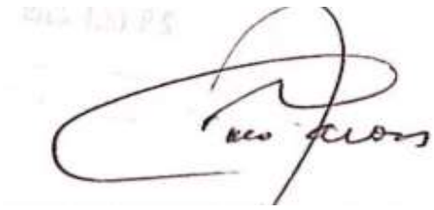
TERCERO: ORDENAR a **OLD MUTUAL S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en la AFP PENSIONAR.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de PORVENIR y OLD MUTUAL los emolumentos indicados en el ordinal anterior, active la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida y expida la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y OLD MUTUAL.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado

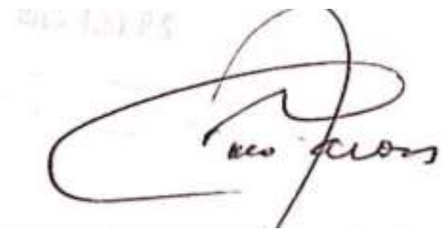


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y OLD MUTUAL, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROBERTO PEDRERO MENDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ROBERTO PEDRERO MENDEZ,** se **declare** la nulidad del traslado del régimen que hizo del ISS a PROTECCIÓN S.A. en el mes de julio de 1998. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** su retorno automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y a esta, a reactivar la afiliación, al igual que se **condene** a PROTECCIÓN devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos, intereses y rendimientos, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que nació el 19 de mayo de 1957 y el 29 de agosto de 1981 se afilió al ISS, donde efectuó aportes hasta mayo de 1998, acumulando 480.71 semanas. Refiere

que en mayo de 1998, asesores de PROTECCIÓN S.A. se acercaron a las instalaciones de la empresa donde laboraba ofreciéndole la opción de trasladarse de régimen, a lo que el asesor que lo atendió, le manifestó que el RAIS le permitiría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el entonces ISS y en cuantía superior, presentándole al RAIS como el más beneficioso, como también le indicó, que el instituto sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a la pensión y se reduciría la tasa de reemplazo. Sostiene que el asesor omitió explicarle que de no alcanzar el capital mínimo al momento de arribar a la edad de pensión no podía acceder al derecho pensional y procedería la devolución de saldos y que debía realizar aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones obligatorias para completar el capital mínimo requerido para acceder a la pensión de vejez. Menciona que el 7 de julio de 2006, por petición de él, la AFP le efectuó una proyección comparativa en los dos regímenes pensionales, determinando una mesada pensional de $2.012.913 con exigibilidad a los 62 años, mientras que en el RPM sería de 2.684.376. argumenta que en 2009 se efectuó una nueva proyección, la cual arrojó unas mesadas de $1.924.150 y $2.729.142, por lo que, si bien intentó obtener una asesoría adecuada antes de la fecha límite para obtener su retorno al régimen de prima media, las referidas proyecciones no le permitieron tomar la mejor decisión, pues las diferencias no resultaban muy representativas lo que condujo a mantenerse en el RAIS. Señala que solicitó un peritaje a una firma privada, donde le arrojó una mesada a mayo de 2019 de $4.831.547, mientras que en PROTECCIÓN sería, según el simulador dispuesto por esta, de $2.090.000, lo que evidencia que la información suministrada por el fondo estuvo errada. Finalmente, expone que el 22 de febrero de 2018, elevó solicitud de traslado ante las accionadas, la cual le fue negada por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 87 a 102), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 4, 17, 20 y 27 a 30 y no el constan los demás. Propuso las excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido,

no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.

PROTECCIÓN contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 131 a 141). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales l, 5, 6, 17, 18, 29 y 30 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de agosto de 2019 (CD – fl. 195), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al actor, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a 2019 a favor de cada una de las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que, sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha tenido una larga línea jurisprudencial, correspondiendo la carga de la prueba de la AFP en demostrar la información que suministró en este caso, al demandante, no solo en el momento de la afiliación, sino en las etapas anteriores y posteriores a este. Refiere que en el presente asunto, PROTECCIÓN si cumplió con la carga de la prueba en cuanto a demostrar que brindó una información que cumple con ese deber, toda vez que para julio de 2006, cuando aún tenia la posibilidad de devolverse al RPM, se le informó el valor de la mesada pensional que le correspondería tanto en ese fondo como en el ISS, decidiendo el actor pese a la diferencia entre ambas mesadas por la suma alrededor de $600.000, continuar en el RAIS y posteriormente en 2009 antes de entrar en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, nuevamente se le hace un proyección donde existió una diferencia de $800.000 entre ambas mesadas, siendo superior en ambos casos la que le correspondería en el RPM, empero, continuó en el fondo y si bien argumenta que tales sumas no las consideraba una gran diferencia, lo cierto es que contrario a lo expuesta, tales sumas si representaban una notable diferencia entre una mesada y otra y frente a ello, debió el

accionante tomar la decisión si consideraba más viable el RPM, empero, de forma libre y voluntaria decidió continuar en el RAIS, por lo que considera, la AFP si cumplió con la carga de la prueba, de ahí que afirme, no haya lugar a declarar la nulidad deprecada.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que quedó acreditado que, para el mes de junio de 1998, se trasladó a PROTECCIÓN sin los elementos de juicio claros y objetivos que le permitieran escoger las mejores opciones del mercado, pues no se demostró pro parte del fondo, que le haya dado una información clara, precisa y contundente respecto de los alcances del RPM y el RAIS, al punto que no pudo tomar una decisión informada. Sostiene que si bien en el año 2006 y 2009 le realizaron unas re – asesorías, lo cierto es que en tratándose de la de 2006 se estableció una diferencia mínima entre las dos pensiones aproximada de $600.000 y en la de 2009, una diferencia aproximada de $800.000, por lo que al no tener elementos claros de juicio en esos momentos, le pareció que no era una diferencia importante, sin embargo, a la hora de pensionarse solicitó un cálculo actuarial privado, en el que se señala que para el 31 de mayo de 2019, tendría una mesada pensional de $4.831.547 en el RPM, mientras que en PROTECCIÓN, ascendería a $2.090.000, lo que genera una diferencia de más del 100%, lo que indica que en las asesorías que recibió en 2006 y 2009, la información no fue clara ni objetiva, pues estos no se hicieron en la modalidad de renta vitalicia y por ende, era obvio que el valor de la mesada podía variar con los años, de lo cual, nada se le dijo al respecto.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de PROTECCIÓN S.A es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor ROBERTO PEDRERO MENDEZ el 1° de junio de 1998 (fl. 142), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN donde se encuentra afiliado en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde julio de 1998 a la fecha (fls. 145 a 150). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 25 y 26), se denota que cotizó a esta de forma interrumpida, del 29 de agosto de 1981 al 31 de mayo de 1998.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 142 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que

conllevaba su decisión, pues PROTECCIÓN, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma.

Ahora, si bien el accionante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

De otro lado, en lo que a las re – asesorías efectuadas en julio de 2006 y marzo de 2009 se refiere (fls. 152 a 156), cabe anotar que si bien en las mismas se establece que el valor de la mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que correspondería en el RPM, con una diferencia en la primera de $600.000 y en la segunda de $800.000 entre una y otra, a lo que el actor decidió continuar en el RAIS; lo cierto es que tales aspectos, contrario a lo señalado por el a quo, no sanean la falta de información que, como se dijo, se omitió al momento del traslado, pues no sobra recordar que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte entre otras en la sentencia citada en líneas anteriores, la ineficacia del traslado recae sobre el acto inicial de afiliación, en tanto es en esa oportunidad que se debe brindar una

información clara, verás y oportuna y no con posterioridad, en la medida que es allí cuando el afiliado toma la decisión y no en otro momento, por lo no es dable afirmar que esa falta de asesoría se subsanó con una proyección, cuando no se tiene certeza de la información que le suministró el asesor cuando las elaboró y menos aún, si comprenden los aspectos que se omitieron para aquel entonces.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario o realizar unas proyecciones con posterioridad, den por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuará el demandante del RPM al RAIS, con las consecuencias que ello conlleva.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la

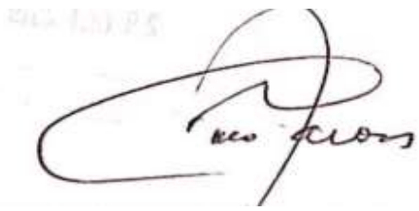
financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de PROTECCIÓN los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado



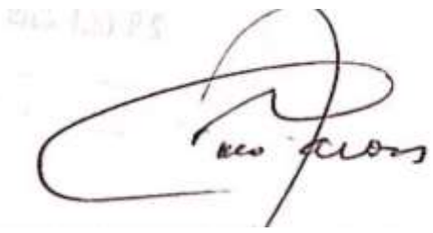
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EMPERATRIZ BONILLA VILLABONA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **EMPERATRIZ BONILLA VILLABONA,** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS en agosto de 1995 Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado ya esta, recibirla como afiliada, junto con los referidos valores, además de contabilizar a efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS, junto con el reconocimiento de la pensión de vejez respetando su condición de beneficiaria del régimen de transición, lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas y gastos del proceso. En subsidio de lo anterior, pide se **declare** la ineficacia o inoperancia de los efectos del traslado de régimen (fls. 7 y 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que nació el 4 de mayo de 1951 y a 1° de abril de 1994 contaba con 43 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición, además de cotizar más de 750 semanas a 22 de julio de 2005. Refiere que estuvo afiliada al ISS desde el 1° de julio de 1983 y en agosto de 1995 de trasladó al RAIS a través de la PORVENIR, quien no la asesoró de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones que obtendría, beneficios, desventajas, inconvenientes y en genera las consecuencias que tendría respecto de sus derechos pensionales, como tampoco tuvo en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición. Sostiene que el fondo no le informó que parte del aporte se destinaría al pago de primas de seguro para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración. Aduce que no se le explicó que la pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus afiliados, si sobre las condiciones para pensionarse de manera anticipada. Finalmente, expone que el 12 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el cual fue negado por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 62 a 80), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 6, 7 y 18 a 21 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PORVENIR contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 90 a 98). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, y 21 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de agosto de 2019 (CD – fl. 168), **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, **declaró** que la afiliación de la demandante al RAIS fue ineficaz y que se encuentra legalmente afiliada al RPM, **ordenó** a PORVENIR traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, con todos sus frutos y rendimientos, **ordenó** a COLPENSIONES recibir tales emolumentos y convalidarlos en la historia laboral y una vez materializado el traslado de fondos, estableciendo el número de semanas que representen, estudie la pensión de vejez con base en las normas que le resultaren aplicables y **condenó** en costas a las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma de $800.000 para cada una.

Fundamentó su decisión, indicando que aplicando los lineamientos fijados por la Corte Constitucional para el traslado de régimen, le correspondía a la demandante demostrar que a 1° de abril de 1994 contaba con 15 años cotizados, lo cual no alcanza a cumplir si se tiene en cuenta que empezó a cotizar al ISS el 1° de julio de 1983, lo que significa que para aquella data tenia menos de un año de cotizaciones de acuerdo a la historia laboral, por lo que no tenía una expectativa de alcanzar un derecho pensional con base en las normas del régimen de prima media y menos aún se podía beneficiar de régimen de transición, sin embargo, señala que en cuanto a la nulidad del traslado que se pidió en la demanda por falta de información, al revisar el formulario de afiliación, se evidencia que el mismo contiene una información general de la afiliada tales como sus nombres, apellidos, entre otros, lo que permite concluir de entrada, que no se plasmaron unas características tales como el tiempo que llevaba cotizado y las implicaciones que conllevaba ese traslado de régimen o haberle efectuado un cuadro comparativo acerca de las condiciones económicas, financieras y actuariales de los dos regímenes pensionales y si bien para ese momento la gestión del asesor tuvo como propósito plantear unas posibles ventajas del RAIS, lo cierto es que no se abordaron unos aspectos de índole técnico relacionados con la forma de cuantificar un derecho pensional en ese régimen, la necesidad de efectuar unos aportes obligatorios las distintas modalidades de pensión en ese régimen, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios en el caso de optar por una pensión anticipada, sin exponerle tampoco las posibles desventajas de cambio de régimen, pues para esa época

de inicio de la actividad de los fondos privados, lo asesores cumplían una gestión de índole comercial que en principio tenía como propósito captar a los afiliados del otro sistema para engrosar su nómina de vinculados. Menciona que se hecha de menos, que PORVENIR hubiese agotado en debida forma la etapa previa a la aceptación del traslado lo que implica desarrollar un información completa, clara y precisa sobre las condiciones económicas y jurídicas de cada uno de los regímenes pensionales, lo cual se hacía necesario para ese tipo de decisiones teniendo en cuanta la relevancia de escoger el régimen pensional que mejor le conviniera a los intereses de la futura afiliada, incumpliendo la AFP la carga de la prueba que le asiste dado el conocimiento que sobre el tema tiene el fondo y el deber de información que le acarrea desde su creación. Concluye que al omitirse el deber de información por parte de la AFP, se debe declarar la ineficacia del traslado como los ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia y no la nulidad, efectuado por la demandante al RAIS en agosto de 1995, materializado en septiembre del mismo año. Finalmente, sobre la solicitud de pensión de vejez, expone que no es viable entrar a analizar si es beneficiaria del régimen de transición y si este se mantuvo en los términos del acto legislativo 01 de 2005, por lo que solo se limitará a que una vez definida y en firme la afiliación de la accionante al RPM, COLPENSIONES estudie el posible derecho pensional que le asista a aquella.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que se pudo demostrar con el material probatorio recaudado, que la demandante recibió información clara, precisa y pertinente respecto del RAIS al momento de efectuarse el traslado de régimen, sumado a que para ese momento no existía una prohibición legal que impidiera la inviabilidad del traslado, a más que durante su permanencia en el fondo, siempre tuvo a su disposición los canales de atención para que pudiera absolver todas aquellas inquietudes que tenía respecto de su régimen pensional y si bien se trajo a colación la jurisprudencia que sobre el tema ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, también lo es que esta se ha venido aplicando retroactivamente a casos del 2008 hacia atrás, existiendo norma aplicable específica como lo es el decreto 692 de 1994 el cual establece las condiciones en las que se tiene como válido el traslado, es decir, que se haya diligenciado el formulario de afiliación y que este firmado por las partes, lo cual se puede apreciar en el proceso, como tampoco se puede desconocer que

en el año 2004 se le conminó mediante edicto emplazatorio, para que se acercara al fondo a revisar su situación pensional a lo que la actora no hizo uso de ello.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión** señalando que al aceptarse como válido el traslado de la demandante se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se enmarca en la prohibición legal del traslado en aquellas personas dentro de las que se encuentra inmersa la accionante por contar a la fecha con 68 años de edad, sin que esa prohibición haya sido impuesta de forma caprichosa por el legislador, tan así que fue declarada exequible y si bien la Corte ha impuesto el deber del buen consejo por parte de las AFP, también los es que los afiliados tiene obligaciones que nacen dada su calidad de ciudadanos, de ahí que no pueda la demandante alegar la ignorancia de la Ley como excusa y es que precisamente la información que echa de menos se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 la cual es de conocimiento público; luego al suscribir el formulario de afiliación era una persona capaz, además de tener el contrato un objeto y causa licita y si se analiza el material probatorio, el mismo no es concluyente para determinar que existió omisión en la información, pues la accionante funcó sus pretensiones en la diferencia de la mesada pensional y la jurisprudencia ha hecho énfasis también en pese a que el plan pensional del RAIS no coincida con la expectativa del afiliado, no constituye una falta de información.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus

afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora EMPERATRIZ BONILLA VILLABONA el 8 de agosto de 1995 (fl. 132), se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; posteriormente el 4 de mayo de 1999 se trasladó a PORVENIR donde se encuentra en la actualidad (fl. 133); efectuando cotizaciones en el RAIS desde agosto de 1995 a la fecha (fls. 116 a 128). Así mismo, de la historia laboral válida para bono pensional (fls. 130 y 131), se evidencia que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 1° de septiembre de 1983 al 3 de agosto de 1987, al igual que ingresó a la DIAN 11 de agosto de 1995 y del certificado CLEB de folios 46 y 47, se denota que estuvo afiliada a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO del 16 de marzo de 1994 al 15 de marzo de 1995.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 132 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues HORIZONTE, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la demandante se trasladó a HORIZONTE y posteriormente a PORVENIR, ésta última previo a fusionarse con la primera, no estaban obligada, a subsanar la información que en su momento no le brindó aquella, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que solo le bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviere que estaba obligada a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmación contenida en el formulario de afiliación, relacionada con la asesoría brindada.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folios 139 y 140 efectuada en enero de 2004, ha de advertirse que esta se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida haya sido puesta de presente a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo la AFP personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a HORIZONTE hoy PORVENIR pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información

le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, lo cual no puede suplirse con la firma del formulario, en tanto la accionada estaba obligada a acreditar la asesoría brindada en ese momento respecto de los aspectos relacionados en líneas anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP PORVENIR a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR, el ordinal cuarto del proveído apelado y consultado, en el sentido de ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social, como lo disponen las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma entes anotada y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES dada la improsperidad de los recursos interpuestos.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

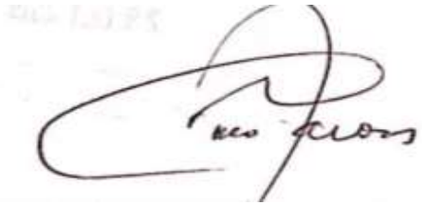
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

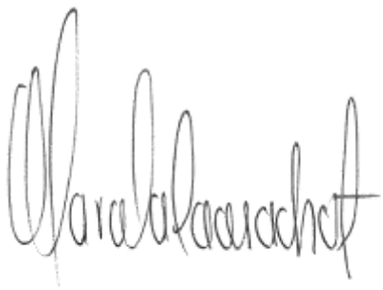
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado

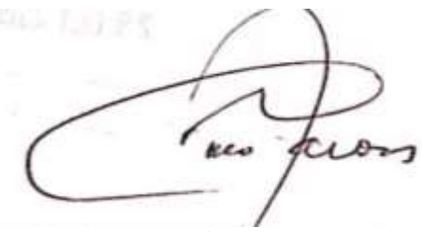


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS MARTÍN ESPITIA PATIÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LUIS MARTÍN ESPITIA PATIÑO,** se **condene** a la demandada al pago de la pensión vitalicia de jubilación conmutada con el HOSPITAL INFANTIL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS, a partir de junio de 2000 y en subsidio de lo anterior, se **condene** a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y MINISTERIO DE TRABAJO pague los aportes adeudados al ISS hoy COLPENSIONES, para el reconocimiento y pago de la pensión conmutada y las costas del proceso (fl. 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 60 y 61), señaló que mediante Resolución 11646del 30 de septiembre de 1998 el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 17 de octubre de 1996, en cuantía de $172.703 de conformidad con el decreto 758 de 1990, al cual fue reliquidada con la Resolución 00753 del 2 de diciembre de 2004. Sostiene que el ISS con la Resolución 1170 del 26 de abril de 2000, aceptó la conmutación

pensional de los trabajadores del HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS previo pago del capital constitutivo, a lo que él fue incluido con un capital de $141.803.474. Menciona que el 18 de mayo de 2017, elevó derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión conmutada por el referido Hospital, a lo que la demandada, con la Resolución SUB 280887 del 6 de diciembre de 2017 únicamente reliquido la pensión de vejez, si pronunciarse respecto de la pensión conmutada, interponiendo los recursos de reposición y apelación. Finalmente, afirma que COLPENSIONES se abstuvo de reconocer la pensión conmutada, bajo el argumento que no existen elementos de hecho que determinen que se realizaron los pagos del capital constitutivo de la citada conmutación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 74 a 76), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, los acepta en su totalidad. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

De otro lado, en auto del 23 de noviembre de 2018 (fl. 83), el a quo ordenó integrar el contradictorio con la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y MINISTERIO DE TRABAJO**.

Así mismo, en audiencia del 23 de septiembre de 2019 (CD – fl. 145), se declaró probada la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa propuesta por los ministerios y se ordenó seguir el proceso únicamente con COLPENSIONES.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de septiembre de 2019 (CD – fl. 145), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $600.000.

Fundamentó su decisión, indicando que el ISS a través de la Resolución 1170 del 26 de abril de 2000 aceptó la conmutación pensional con el HSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS previo pago del monto fijado como capital constitutivo de las obligaciones pensionales y dentro de la cual, se encontraba entre otros trabajadores, el aquí demandante, cuya primera mesada pensional estaba programada para pago en junio de 2000 en cuantía de $676.785. Expone que como quiera que la entidad empleadora en este caso el HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS entró en liquidación, se debían normalizar y garantizar los pasivos pensionales y para ello se optó por la figura de la conmutación de la pensión, la cual libera al empleador del pago de la pensión en tanto se subroga de tal obligación a cambio del pago del respectivo cálculo actuarial; de ahí que para que esa conmutación surta efecto, se requiere necesariamente que el patrono pague el capital fijado en el cálculo actuarial. Refiere que tal y como lo señaló COLPENSIONES, tanto a esta como al ISS en su momento, no le fue cancelado por parte del Hospital del dinero fijado en la mencionada resolución para que operara la conmutación pensional, de ahí que no naciera la obligación a su cargo respecto a ello, pues en cuanto al sistema general de pensiones, la demandada ya le reconoció la pensión de vejez la cual difiere de la que le haya podido corresponder en virtud de la conmutación pensional, en tanto aquella se otorga con base en las cotizaciones efectuadas por este a la administradora como ente asegurador; por lo que considera, se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

El demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al pago de la pensión de jubilación conmutada por el extinto HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS a partir de junio de 2000.

Así mismo, cabe precisar que en cuanto a las pretensiones relacionadas con el pago de aportes en cabeza de los MINISTERIOS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DE TRABAJO, la Sala no se pronunciará al respecto, toda vez que como se dijo en precedencia, estos fueron desvinculados del proceso en virtud a que se declaró probada la excepción de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa propuesta por dichos entes, sin que sobre esa decisión, se presentara reparo alguno.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor LUIS MARTÍN ESPITIA PATIÑO, conforme se infiere de la copia de la Resolución 11646 de 1998 (fl. 13), mediante la cual el ISS le reconoció la pensión de vejez en cuantía de $172.703 a partir del 17 de octubre de 1996, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Prestación que fue reliquidada con la Resolución 753 del 2 de diciembre de 2004 (fls. 14 a 17), en el sentido de otorgar la pensión en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluyendo el tiempo servido a la ETB, a partir del 7 de junio de 2003, en cuantía de $1.031.477.

Posteriormente, con el acto administrativo SUB 280887 del 6 de diciembre de 2017 (fls. 38 a 41), COLPENSIONES reliquidó la prestación en cuantía de $1.803.437 a partir del 18 de mayo de 2014.

Conmutación

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C – 090 de 2011, en lo que a la conmutación pensional se refiere, indicó:

"La conmutación del pasivo pensional es un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo. La conmutación puede ser total y definitiva cuando el empleador se libera integralmente de toda responsabilidad del pago de los pasivos pensionales, o parcial, cuando el empleador conserva responsabilidad por el pasivo transferido. La normalización es el género y la conmutación es la especie.,"

Figura esta, que también se encuentra regulada entre otros, en el artículo 41 de la ley 550 de 1990 y en el Decreto 1290 de 2000, este último que en su artículo 4°, señala:

"Objeto y efectos de la conmutación total. *La conmutación pensional total tendrá por objeto lograr que se pague a quienes tengan o lleguen a tener derecho a ella, la respectiva mesada pensional en el monto que corresponda al momento de la conmutación de acuerdo con la ley o la convención o pacto colectivo. Igualmente en el caso de empresas particulares, se tomarán en cuenta adicionalmente los respectivos acuerdos o contratos que se hayan celebrado válidamente entre la empresa y sus empleados.*

Una vez realizada la conmutación pensional total, la empresa quedará liberada de la obligación de pago de la pensión."

De donde se colige, que para que exista conmutación, no basta con que la misma sea aceptada por las partes que intervienen en ella (empleador - administradora de pensiones), sino que la empresa o entidad, debe cancelar el cálculo actuarial convenido con el ente de seguridad, para que esta surta efectos, pues con ese dinero que es que se van a sufragar las obligaciones que estaban a cargo de quien se quiere subrogar en la obligación.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que mediante Resolución 1170 del 26 de abril de 2000 (fls. 18 a 22), el ISS aceptó, previo pago del capital constitutivo, la conmutación de las obligaciones pensionales del HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS, correspondiente a 242 personas, dentro de las que se encuentra el aquí accionante, cuyo valor de la conmutación se constituyó en la suma de $141.803.474, con una primera mesada pensional a junio de 2000 en la suma de $676.785 (fl. 24).

En igual sentido, en dicho acto se dispuso: "*Que una vez la empresa HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS, consigne el dinero en efectivo, en la Gerencia Nacional de Tesorería del Instituto de Seguros Sociales el valor de capital constitutivo mencionado en el anterior considerando, el Instituto se Seguros Sociales entrará a pagar las pensiones así: si el pago se hace antes del 30 de abril, la primera mesada a cargo del ISS es la de junio y estarán a cargo de la empresa las de marzo, abril y mayo. Si el pago se hace antes del 30 de mayo, la primera mesada a cargo del ISS es la de julio y la empresa cancela las de marzo, abril, mayo y junio.*"

Ahora, revisadas las pruebas obrantes en el expediente, concretamente la Resolución SUB 2134 del 5 de enero de 2018 (fls. 43 a 45), a través de la cual COLPENSIONES confirmó la Resolución SUB 280887 del 6 de diciembre de 2017 (fls. 38 a 41), se denota que si bien la conmutación en comento fue aceptada, la misma quedó condicionada a su pago, a lo que dicha entidad, refirió que según lo informado por la dirección de nómina de la entidad, no existen elementos de hecho que determinen que se realizaron los pagos del capital constitutivo de la conmutación pensional.

De suerte que, al no existir prueba que el HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS haya cancelado al ISS en su momento el valor acordado y aceptado por estas en la resolución 1170 del 26 de abril de 2000 (fls. 18 a 22), por concepto de conmutación pensional, dicha figura no se materializó, pues el pago de las mesadas pensionales acordadas, estaba sujeto a que se cancelara dicho cálculo; de ahí que el ISS hoy COLPENSIONES, no esté obligado a sufragar la pensión que estaba a cargo del empleador, en tanto este no se subrogó en su obligación por la falta de pago del tan mencionado cálculo.

Así las cosas, como quiera que la conmutación pensional acordada entre el ISS y el extinto HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS no se materializó por la falta de pago de esta, del valor acordado para ello, es por lo que al demandante no le asiste derecho al pago de la pensión de jubilación conmutada a cargo de COLPENSIONES, tal y como lo indicó el a quo; motivo

por el cual y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

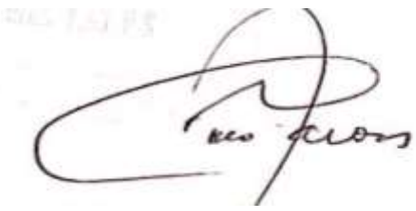
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA ELISA ORTIZ SÁNCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANA ELISA ORTIZ SÁNCHEZ,** se **declare** la nulidad de la afiliación del RPM al RAIS efectuada en el mes de febrero de 2000 a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR a retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hayan causado a COLPENSIONES y a esta, a recibirla en el RPM y tenerla como afiliada sin solución de continuidad desde el 20 de marzo de 1979, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 58 y 59).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 59 a 62), señaló que nació el 30 de marzo de 1956 y laboró para varias entidades del 20 de marzo de 1979 al 29 de febrero de 2000, tiempo en el cual estuvo afiliada al ISS y

en el que acumuló 862 semanas. Refiere que para finales del mes de febrero de 2000, los asesores de HORIZONTE le presentaron el nuevo régimen pensional, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener con el régimen de prima media al momento de pensionarse, pero sin indicarle que el hecho de trasladarse le generaría una pérdida de los beneficios adquiridos en su momento con el ISS, al igual que le dijeron que se pensionaria antes de tiempo sin que ello afectara su mesada pensional. Sostiene que cotizó hasta julio de 2018, 446 en el RAIS, acreditando un total de 1.308 semanas. Menciona que el 1° de agosto de 2018 solicitó a PORVENIR y COLPENSIONES su retorno al RPM, la cual le fue negada por estas. Finalmente, aduce que PORVENIR realizó una proyección pensional para cuando cumpliera 62 años, en cuantía de $781.242, por lo que realizada la simulación en el RPM, ésta arroja una mesada calculada a la misma edad, por valor de $1.732.919, existiendo una diferencia pensional de entre uno y otro régimen de $951.677.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 105 a 118), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 7 a 10 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

PORVENIR contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 139 a 146). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 6 a 8 y 11 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de agosto de 2019 (CD – fl. 165), **declaró** la nulidad del acto de traslado de régimen que hizo la demandante del RPM al RAIS y que nunca se trasladó

a esta última permaneciendo siempre en el RPM, **ordenó** a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual de la accionante, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, ha establecido que las AFP tienen una responsabilidad de carácter profesional, no la impuesta por la Ley, sino también las que emanan de la buena fe como la transparencia, vigilancia y el deber de información que alude a la obligación de proporcionar a quienes estén interesados en vincularse al régimen pensional que administran, una información completa, suficiente y veraz, lo cual se refuerza cuando se deja el régimen anterior e implica la pérdida de beneficios, eventos en los cuales las AFP deben advertir las consecuencias negativas o desfavorables que incidirían a futuro en la situación pensional, pues de no hacerlo, genera un vicio en la voluntad que permite la anulabilidad del acto. Refiere que en el presente asunto, se observa que la AFP al momento del traslado, pasó por alto que la accionante era beneficiaria del régimen de transición, de manera que sobre esos efectos debió versar la asesoría del fondo en procura que la informara sobre los efectos nocivos del cambio de régimen, sin que las documentales aportadas resulten conducentes para probar tal aspecto, como tampoco el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada; luego la AFP no demostró con la contundencia requerida que proporcionó la información suficiente y concreta a la accionante sobre las ventajas y desventajas del traslado, incumpliendo así con la carga de la prueba que le asiste, pues ocultó en su beneficio al momento del traslado y en perjuicio de la actora información relevante con al finalidad de promover el cambio de régimen, es decir, faltó al deber de suministrar asesoría completa sobre las implicaciones del traslado de una afiliada que era beneficiaria del régimen de transición por edad, desplegando una conducta que puede calificarse como engaño, pues su decisión involucraba la pérdida del régimen de transición; de ahí que haya lugar a declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS que hizo la demandante.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que la Corte Constitucional en sentencia C 1024 de 2004, precisó que al momento de trasladarse de régimen hay una pérdida del régimen de transición cuando el afiliado a 1° de abril de 1994 no cuente con 750 semanas, siendo este el caso de la accionante cuando suscribió el formulario de afiliación. Respecto al deber de información, refiere que la sentencia fue más allá de lo que el momento del traslado se les exigía a las AFP, pues se allega el formulario de afiliación que no fue tachado de falso y que cumplía con los lineamientos exigidos para ese entonces, por lo que si bien no contenía la cláusula pre impresa de que ala accionante se le habló o no del régimen de transición, no puede llevar a concluir de que esa información no fue suministrada o por el hecho que no se aportó otro documento adicional. Sostiene que la inconformidad de la accionante se dio solo cuando vio el monto de su mesada pensional, lo que no lleva a que indique que no se le dio la asesoría en su momento, ya que para la consecución de la mesada pensional, se deben tener en cuenta situaciones o aspectos particulares como los aportes que iba a realizar durante el tiempo de vinculación, a más que no realizó aportes constantes del año 2002 a 2011 debido a que estuvo fuera del país, acarreando ello una consecuencia directa con el monto de la mesada pensional. Finalmente, expone que resulta casi imposible de probar que se le brindó una información en lo relativo al régimen de transición en la medida que la asesoría fue verbal, además, debe tenerse en cuenta que con los aportes realizados durante 19 años, ratificó su intención de permanecer en el RAIS, renunciando así al régimen de transición.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión** señalando que si bien se probó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, es necesario que se aplicación a la Ley 100 de 1993 concretamente al artículo 36, que establece que quienes sean beneficiarios del régimen de transición por edad y decidan acogerse de forma voluntaria al RAIS perderán tal beneficio, lo cual se acreditó con la suscripción del formulario de afiliación a la AFP. Sostiene que la entidad no puede verse afectada por las omisiones que se aduce, incurrió el fondo, máxime si del referido formulario se desprende que se encontraba afiliada a la caja del departamento del meta y si bien estas cajas fueron liquidadas con

el decreto 2196 de 2009, lo cierto es que el traslado se surtió con anterioridad a la liquidación de la caja, tanto así que al ISS solo cotizó 6,71 semanas. Finalmente, indica que en virtud de las cotizaciones que la accionante no realizó por haber manifestado que se encontraba fuera del país desde el 2002 hasta el 2011, en el hipotético caso que se acceda a las pretensiones, una vez se haga el cálculo de rentabilidad y se convierta el dinero en semanas, en razón a esas cotizaciones interrumpidas, evidentemente no va a cumplir con las semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de

abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ANA ELISA ORTIZ SÁNCHEZ en febrero de 2000 (fl. 125), se trasladó del FONDO DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DEL META al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; efectuando cotizaciones interrumpidas en el RAIS desde marzo de 2000 a la fecha (fls. 133 a 136). Así mismo, de la historia laboral válida para bono pensional (fls. 126 y 127), se evidencia que laboró al servicio de la JUNTA ADMINISTRADORA SECCIONAL DE DEPORTES DEL DEPARTAMENTO DEL META del 5 de enero de 1983 al 16 de septiembre de 1985 y en el DEPARTAMERNTO DEL META cotizando al fondo de este, del 13 de junio de 1986 al 29 de febrero de 2000 y en igual sentido, del reporte de semanas allegado por COLPENSIONES, se denota que cotizó a esta 20 de marzo al 5 de mayo de 1979 (fl. 101).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 125 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues HORIZONTE, estaba obligada a informarle

sobre las ventajas y desventajas del traslado, máxime si era beneficiaria del régimen de transición, pues a 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, luego debió indicarle las consecuencias que sobre este régimen repercutía el traslado, entre otras que lo perdería, al igual que debió asesorarla sobre las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a HORIZONTE hoy PORVENIR pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, lo cual no puede suplirse con la firma del formulario, en tanto la accionada estaba

obligada a acreditar la asesoría brindada en ese momento respecto de los aspectos relacionados en líneas anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que las cajas y fondos de los municipios y departamentos como así lo aceptó la accionada en la alzada, fueron liquidadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, de ahí que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella por ser la única administradora del RPM, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP PORVENIR a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR, los ordinales primero y tercero proveído apelado y consultado en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la

cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social, como lo disponen las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma entes anotada y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES dada la improsperidad de los recursos interpuestos.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

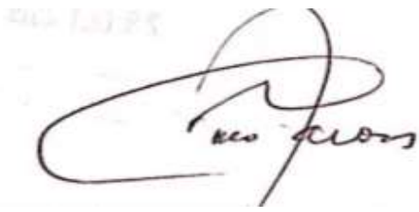
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la providencia objeto de alzada, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

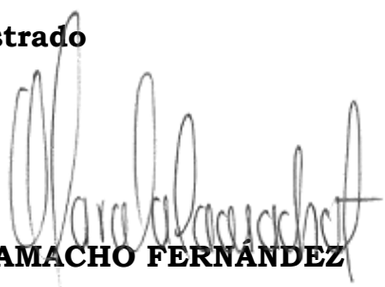
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado

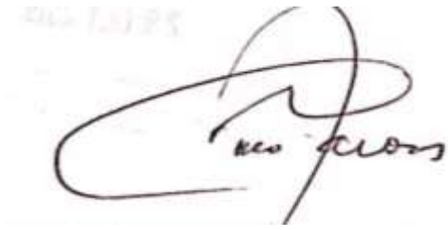


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PABLA REVOLLEDO CORTES contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **PABLA REVOLLEDO CORTES,** se **condene** a la demandada al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de abril de 2015, en los términos del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, junto con los intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que laboró para el ISS patrono 22 años, 2 meses y 11 días, ostentando la calidad de trabajadora oficial. Refiere que el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de

octubre de 2001, establece una vigencia que va más allá del año 2017 y que se encuentra afiliada a dicha organización sindical. Finalmente, sostiene que el 11 de septiembre de 2018 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, sin que a la fecha de presentación de la demanda, la UGPP se haya pronunciado al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA UGPP contestó la demanda (fls. 86 a 90), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5 y 6 y no le constan los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y causa en la parte actora, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de septiembre de 2019 (CD – fl. 166), **negó** las pretensiones de la demanda y en consecuencia, **absolvió** a la demandada, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y falta de causa y título en la parte actora y **condenó** en costas a la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $800.000.

Fundamentó su decisión, indicando que el parágrafo transitorio tercero del acto legislativo 1 de 2005 estableció que las reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de ese acto, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados se mantendrán por el término inicialmente estipulado y en los que se suscriban entre la vigencia de ese acto y el 31 de julio de 2010 no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables de las que se encuentren actualmente vigentes y en todo caso, perderán vigencia en dicha data. Sostiene que al respecto, la Corte ha señalado que las prestaciones pensionales contenidas en dichos acuerdos, se mantendrán hasta el 31 de julio de 2010 y se tendrá derecho a ellas siempre que el derecho se haya causado con anterioridad a esa data.

Refiere que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo y laboró al servicio del ISS más de 22 años, de ahí que la demandante debía cumplir con los requisitos señalados en el artículo 98 de la convención para acceder a la pensión, esto es, 50 años de edad y 20 años de servicio, a más tardar el 31 de julio de 2010 para que se convirtiera en un derecho adquirido y no verse afectado por el acto legislativo 01 de 2005; por lo que si bien cumplió la edad el 4 de febrero de 2007, lo cierto es que los 20 años de servicio los completó hasta el 30 de enero de 2013, concluyendo que no mantuvo el derecho al pago de la pensión de jubilación, en tanto el requisito de tiempo de servicios lo completó con posterioridad al 31 de julio de 2010; manifestando que por ello, se deben negar las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en los términos del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, pues de no acceder a ello, se estarían violado sus derechos pensionales adquiridos, máxime si es beneficiaria de dicho acuerdo convencional, a más que cumplió los 50 años de edad el 4 de febrero de 2007 y cuenta con los 20 años de servicio exclusivos al ISS al 1° de abril de 2015. Finalmente, señaló que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 31 de julio de 2018 con radicado SL 3063, por lo que solicita se tenga en cuenta lo que allí se indica y así otorgar la pensión deprecada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS se encuentra vigente en virtud de los expuesto por el Comité de Libertad sindical de la OIT o si por el contrario, perdió vigencia el 31 de julio de 2010 según el parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005 y en caso de continuar vigente, establecer si la actora tiene derecho a dicha prestación.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existe entre el demandante y el ISS hoy liquidado, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la certificación de folio 30, de donde se colige que la señora PABLA REVOLLEDO CORTES prestó sus servicios al instituto desde el 30 de enero de 1993 hasta el 31 de marzo de 2015, desempeñando el cargo de auxiliar servicios asistenciales - grado 13.

Vigencia de la convención colectiva de trabajo y pensión de jubilación convencional

Al respecto, se tiene que el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL para el periodo 2001 – 2004 (fl. 54), establece la pensión de jubilación convencional, así:

> "*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 o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a 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 el 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. (…)*"

Al constatar si la actora cumple con los requisitos para acceder a la prestación en comento, se tiene que nació el 4 de febrero de 1957 (fl. 14), cumpliendo la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2007, al igual que en enero de 2013 completó 20 años de servicio al Instituto, acreditando los requisitos para acceder a la prestación reclamada.

Ahora en lo que se refiere a la vigencia de las normas convencionales que contemplan derechos de índole pensional, el parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó que éstas condiciones perderían vigencia el 31 de julio de 2010, al igual que el parágrafo 2° de dicha normatividad, dispuso que a partir de la entrada en vigencia del mismo, no podían establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Conforme a ello, se tiene que la demandante cumplió los requisitos para acceder a la prestación reclamada con posterioridad al 31 de julio de 2010, luego, **la pregunta es si seguiría operando la convención que en principio consagró el derecho pensional la cual se prorrogó dada la falta de denuncia o de la celebración de acuerdos posteriores o si resulta la plena operancia de dicho acto legislativo, lo que implicaría la pérdida de vigencia de la negociación colectiva en relación con las pensiones a partir de la referida calenda.**

De ahí, que resulte imperioso determinar si resultaría válida la pérdida absoluta de derechos convencionales pactados en esta materia, ya sea anterior, en vigencia del término de transición que establece la misma norma o con posterioridad a ésta, o si puede subsistir la convención a la luz de otras normas también de índole constitucional.

Al respecto, **el Comité de Libertad Sindical de la OIT,** recomendó al Estado Colombiano respetar el derecho a la negociación colectiva en lo referente a las pensiones de jubilación, al conocer del caso relacionado con el mencionado acto legislativo, en el que si bien reconoce el derecho de los Estados en reglamentar el tema de las pensiones, subraya la necesidad de que los **mismos respeten el principio del derecho a la negociación colectiva** y por ende, considera que las convenciones colectivas celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho acto legislativo, **deberían continuar conservando todos sus efectos** incluyendo lo referente en las cláusulas de pensiones hasta la fecha de su vencimiento, **aunque ésta sea posterior al 31 de julio de 2010** y pide al Gobierno que adopte las medidas

correctivas pertinentes y que mantenga informado sobre las medidas adoptadas.

Es así, como dicho comité **en el caso 2434 de Colombia, sobre el Acto legislativo 01 de 2005,** en el año 2008, señaló:

> *"Recomendaciones del Comité…62671. En vista de las conclusiones provisionales que anteceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:*
>
> *a) En lo que respecta a los alegatos relativos a la limitación del derecho de negociación colectiva en virtud de la reciente adopción del acto legislativo núm. 01, de 22 de julio de 2005, que modifica el artículo 48 de la Constitución Política sobre seguridad social, el Comité:*
>
> *i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento;*
>
> *ii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo"*

En el mismo sentido, se encuentra el **concepto de la Comisión de expertos en convenios y normas internacionales del trabajo de la OIT** del 24 de febrero de 2010, el cual retomó el tema y ratifica lo dicho por el comité de libertad sindical, adicionalmente observa que si las convenciones pierden vigencia en virtud del Acto Legislativo, ello puede implicar una modificación unilateral del contenido de los convenios colectivos firmados, lo cual es contrario a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes.

De lo expuesto, se puede concluir que las convenciones colectivas que se suscribieron o se prorrogaron antes de la vigencia del acto legislativo se mantienen inamovibles en cuanto al derecho pensional, luego la interpretación del artículo 48 C.P. se debe aplicar de manera integral, en

armonía con los demás artículos constitucionales en especial, los artículos 53, 55, 58 y 93 de la C.N., los Convenios y recomendaciones de la OIT y los tratados de derechos humanos y por ende, los trabajadores beneficiarios de la convención, tienen el derecho adquirido en cuanto a la cláusula convencional en pensiones suscrita con el empleador, debido a la entrada del tránsito legislativo, el cual no derogó de ninguna manera las convenciones que se negociaron antes de su expedición o en el lapso de supervivencia de los mismos que en ella se contemplan.

En todo caso, resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha establecido que cuando exista un **conflicto entre la legislación interna y las normas internacionales, el juez debe preferir aquella disposición que sea más favorable** para el goce y la protección de los derechos. (Sentencias C- 406/96; C-251/97; T-1319/01).

Argumentos estos que no eran acogidos por la Corte Suprema de Justicia, empero, en reciente pronunciamiento, al analizar un caso igual al que ocupa hoy la atención de la Sala, dicha Corporación en sentencia SL 3635 de 2020, rectificó parcialmente su criterio, al indicar:

> *"Explicó entonces la Sala que las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieren suscrito por primera vez antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes de modo que, «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara», aunque fuere posterior al 31 de julio de 2010."*
>
> *(…)*
>
> *"Al referirse a la prórroga automática de la convención colectiva que venía operando antes del 29 de julio de 2005, adujo que continuarían rigiendo, pero, que, en todo caso, conforme al límite constitucional, se extinguirían el 31 de julio de 2010."*
>
> *(…)*
>
> *"De manera que esa línea jurisprudencial no admitía que una convención colectiva que llegare a su fecha de extinción conforme al término inicialmente pactado, pudiera ser objeto de prórroga automática porque esta solo operaba para las prórrogas que desde antes venía en curso.*
>
> *Sin embargo, esa visión jurisprudencial varió y dio un alcance distinto al parágrafo 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, al considerar la Sala en*

sentencias CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020 y CSJ SL2986-2020, por una parte, que el término inicialmente pactado no puede extenderse más allá del 31 de julio 2010 y, de otra, que ese plazo también incluye el de la prórroga automática que hubiese comenzado después del 29 de julio de 2005."

(…)

"Para tal efecto, la Sala hizo referencia a las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical a propósito de la limitación del derecho de negociación colectiva dispuesta en el citado acto legislativo, dirigidas a que la realidad de la negociación colectiva implica una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos pactados, al menos, mientras dure el convenio.

En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, «en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales», no pueden ir más allá del 31 de julio de 2001. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adoctrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo."

(…)

"Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cobija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.° y 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

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."

Finalmente y en tratándose de la vigencia de la cláusula 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, en la referida sentencia, la Corte reseñó:

"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."

Conforme a ello, no cabe duda para la Sala que la actora tiene derecho a la pensión de jubilación convencional establecida en la cláusula 98 de la

convención colectiva de trabajo, pues la misma, mantuvo su vigencia hasta el año 2017, como lo dispuso el literal (iii) de dicha norma convencional, sin que el hecho que la demandante haya cumplido el requisito de tiempo de servicios con posterioridad al 31 de julio de 2010, haga nugatorio su derecho.

De suerte, que la UGPP deberá reconocer y pagar a la señora Revolledo Cortes la referida pensión de jubilación convencional, a partir del 1° de abril de 2015, esto es, desde el día siguiente a la fecha de retiro del instituto la cual data del 31 de marzo de 2015 (fl. 30).

Prestación cuyo monto se establecerá de acuerdo con el literal (ii) de la cláusula en comento, esto es, con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años; para lo cual se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, incremento por servicios prestados, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y de transporte, cuyos montos se encuentran en el acumulado de nómina de folio 31.

Efectuada la liquidación, se obtienen los siguientes valores:

Factores	**1° de marzo a 31 de diciembre de 2012**	**2013**	**2014**	**1° de enero a 31 de marzo de 2015**	**Total**
Asignación básica	$11.766.656	$14.656.928	$15.427.051	$3.513.822	
Incremento por servicios prestados	$1.225.770	$1.599.500	$1.696.977	$386.519	
Prima de vacaciones	$2.242.089	$2.489.542	$37.915	$2.975.398	
Prima de servicios	$3.309.406	$3.452.876	$3.833.342	-	
Auxilio de alimentación	$413.221	$509.550	$511.387	$97.587	
Auxilio de transporte	$400.294	$491.874	$491.874	$94.534	
Total acumulado x año	$19.357.436	$23.200.270	$21.998.546	$7.067.860	$71.624.112

$71.624.112 / 36 = **$1.989.559 (valor mesada pensional – 100% a 1° de abril de 2015)**

Prescripción

Al respecto, se tiene que la pensión se hizo exigible el 1° de abril de 2015, el 11 de septiembre de 2018 (fl. 16), la accionante solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación y la demanda se presentó el 19 de octubre de 2018, encontrándose prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **11 de septiembre de 2015**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del CPL, como quiera que la reclamación se efectuó después de 3 años de culminado el vínculo laboral.

Compartibilidad

De conformidad con el artículo 18 del decreto 758 de 1990, esta pensión será compartida con la de vejez que le llegare a reconocer COLPENSIONES a la actora, quedando a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor si lo hubiere.

Intereses moratorios

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C – 601 de 2000, a través de la cual declaró exequible el artículo 141 de la ley 100 de 1993, señaló:

> *"Así las cosas, para la Corte es evidente que desde el punto de vista constitucional, las entidades de seguridad social están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeudan, pues el artículo 53 de la Carta es imperativo y contundente al disponer que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones. En este sentido, el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desarrolló cabalmente este mandato superior, pues, la obligación de pagar oportunamente las pensiones y de asumir, en caso de no hacerlo, un interés de mora que consulte la real situación de la economía, es una consecuencia del artículo superior referido, en la parte concerniente a pensiones legales en conexidad con el artículo 25 ibidem, que contempla una especial protección para el trabajo. En este sentido también es oportuno precisar que tal indemnización a los titulares de las pensiones por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas debe aplicárseles a los regímenes especiales anteriores y subsistentes con la ley 100 de 1993, esto es, los que se encuentren en las excepciones previstas en el artículo 279 de la referida ley.*
>
> *Finalmente, en cuanto a la acusación dirigida contra el segmento normativo "de que trata esta ley", contenido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, tampoco comparte la Corte el cargo formulado por el demandante, pues la*

disposición no se refiere a las personas que hayan adquirido el derecho al pago de su pensión con anterioridad al 1º de enero de 1994, sino que alude al hecho de que la ley 100 de 1993 se refiere a las mesadas pensionales que se pagan con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, pues, repárese, que con la expedición de la ley 100 de 1993, se creó un nuevo régimen de pensiones y de salud, que entró a regir el 1º de abril de 1994. Es decir, en principio esta norma derogó los regímenes especiales anteriores a su vigencia, pero sin duda subsisten algunos regímenes particulares y hay que precisar que la norma acusada tiene un carácter general, aplicable inclusive, para todo tipo de pensiones."

De donde se colige, que los intereses moratorios aplican para todo tipo de pensiones de orden legal.

Sin embargo, pese a que no existe norma que contemple el pago de intereses moratorios en tratándose de pensiones de índole convencional, lo cierto es que o analogía serpia dable la aplicación del artículo 141 de la ley 100 de 1993, para este tipo de prestaciones en la medida que se trata también de la mora en el pago de mesadas pensionales.

No obstante lo anterior, en el presente asunto no se condenará a la demandada al pago de los referidos intereses, toda vez que no debe olvidarse que el derecho pensional reconocido tiene origen en el cambio de criterio que sobre el tema, efectuó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada a lo largo de esta decisión y que entre otros, sirvió de fundamento para decidir lo que en derecho le corresponde a la accionante, de ahí que no se le pueda endilgar mora alguna a la accionada en el reconocimiento de la pensión.

Empero, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda se ordenará la indexación de las mesadas que se generen por concepto de retroactivo, para lo cual la UGPP utilizará la fórmula dispuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IPC INICIAL en de la anualidad anterior al de la causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL, el de la anualidad anterior a la fecha de pago.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y se ordenará a la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional.

COSTAS

En ambas instancias a cargo de la UGPP de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a la UGPP al reconocimiento y pago a la demandante, de la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, a partir del **11 de septiembre de 2015** en cuantía de **$1.989.559,** junto con los reajustes legales y por 13 mesadas al año, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a indexar las mesadas que se generen por concepto de retroactivo, con base en la fórmula expuesta en esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente a excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de septiembre de 2015.

CUARTO: DISPONER que la pensión aquí reconocida será compartida con la de vejez que le llegare a reconocer COLPENSIONES a la actora, quedando a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor si lo hubiere.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEOPOLDO GONZÁLEZ OVIEDO contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LEOPOLDO GONZÁLEZ OVIEDO,** se **declare** la nulidad o invalidez del formulario de afiliación mediante el cual se afilió al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLFONDOS a realizar la devolución de los aportes a COLPENSIONES y a esta, a recibirlo como afiliado, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 anverso y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que nació el 22 de enero de 1953 y se afilió al ISS desde el 1° de marzo de 1979 hasta diciembre de 1994, data para la cual se trasladó a COLFONDOS. Refiere que la AFP lo indujo a realizar el traslado, pues le aseguró que se iba a pensionar antes de la edad establecida y con menor número de semanas, adicional a que el ISS se iba a acabar y perdería la pensión, como tampoco le advirtió sobre los riegos y consecuencias que le generaría el traslado. Señala que a

1° de abril de 1994, contaba con 41 años, encontrándose amparado por el régimen de transición. Indica que COLFONDOS le proyectó un monto de mesada pensional para los 62 años de edad por valor de $2.570.000, mientras que en COLPENSIOES esta sería de $4.594.614. Finalmente, afirma que el 26 y 27 de julio de 2018 elevó reclamación ante de las demandadas, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 72 a 80), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 12 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

A su turno, **COLFONDOS** se allanó a las pretensiones del libelo (fls. 121 a 123). Respecto a los hechos, manifestó que por allanarse a las pretensiones los reconoce en su totalidad. No propuso excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de agosto de 2019 (CD – fl. 131), **declaró** la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al RAIS, **condenó** a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del accionante, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, **declaró** que el accionante para efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que, al analizar las pruebas allegadas al proceso, se observa que el actor se trasladó al RAIS en diciembre de 1994, donde se encuentra efectuando cotizaciones a la fecha, al igual que con anterioridad, aportó al ISS desde 1979 hasta diciembre de 1994. Refiere que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es un deber de las administradoras de pensiones brindar la debida información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conlleva dejar el régimen de prima media y sus posibles consecuencias futuras, operando la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, al igual que en esos eventos no importa si la persona tiene o no un derecho consolidado, está próximo a pensionarse o tiene un beneficio transicional, pues el deber de información de predica del acto jurídico del traslado. Concluye que en el presente asunto se debió brindar al afiliado una información clara y suficiente tanto de las características y condiciones de cada uno de los regímenes y si bien para la época del traslado no se puede hablar de una proyección, si era necesario explicarle en debida forma de donde provenía el valor de la mesada pensional, que dinero debía ahorrar para obtener una pensión superior al salario mínimo legal mensual vigente y en ese sentido tener elementos de juicio necesarios para establecer si era positivo o negativo efectuar el traslado; por lo que aduce, se debe declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, pues la AFP no le brindó la debida información en tanto no existe prueba alguna de ello.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó el demandante a la AFP COLFONDOS en diciembre de 1994 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso

advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de los dineros que obran en la cuenta del accionante, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

> *"Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.*
>
> *Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales."*

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración

con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

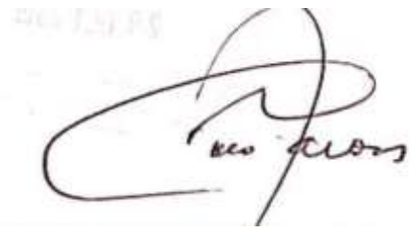
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FANNY NUBIA GONZÁLEZ MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **FANNY NUBIA GONZÁLEZ MORENO,** se **declare** la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media al de ahorro individual. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** su retorno al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y a PROTECCIÓN, traslade a aquella, todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 74 anverso y 75).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 68 y 69), señaló que nació el 2 de septiembre de 1957 y cuenta con 1.328 semanas cotizadas. Refiere que se encuentra cotizando desde marzo de 1980 y a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tenía 204 semanas cotizadas y 37 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición. Sostiene que en diciembre de 2003, fue abordada por un asesor de PROTECCIÓN, quien la

persuadió con una información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional, para que realizara el traslado de régimen pensional, pues le dijo que tendría derecho a un bono pensional el cual podía utilizar cuando quisiera, se pensionaría a cualquier edad, sin indicarle los montos, condiciones y modalidades de pensión y en las cuales el dinero podía ser heredado, además de omitir la forma en que se calcularía la mesada pensional. Finalmente, menciona que el 9 de agosto de 2018 solicitó el traslado de régimen a las demandadas, el cual fue negado por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 86 a 95), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4 a 6, 18 y 19 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

PROTECCIÓN contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 122 a 134). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales l, 6, 8 parcial, 10 parcial y 20 a 22 y niega no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de septiembre de 2019 (CD – fl. 197), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que revisadas las pruebas allegadas, se observa que la demandante se afilió al ISS desde el 24 de enero de 1984 y efectuó cotizaciones de manera interrumpida hasta diciembre de 2003, pues se afilió a PROTECCIÓN en febrero de 2004, donde efectúa cotizaciones

desde esa data. Refiere que sobre la información que deben suministrar las AFP, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, ha hecho referencia sobre la necesidad de información que tienen dichas administradoras, por lo que en el presente asunto, la demandada allegó copia de la carta de validación de asesoría efectuada a la actora en diciembre de 2003, donde le pone de presente los factores que pueden afectar su situación pensional, al igual que le efectuó la proyección de la pensión en el RAIS, donde claramente le indica que no podrá pensionarse anticipadamente porque el capital no le alcanzaría para financiar la prestación económica del 100% del salario mínimo legal mensual vigente y que tendría derecho a la garantía de pensión mínima, como también en caso de cumplir la edad y no el capital, habría lugar a la devolución de saldos; considerando, que la AFP cumplió con la carga de la prueba, pues le correspondía demostrar que dio las explicaciones debidas en cuanto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen, lo cual se cumplió con la asesoría que se le brindó en 2003, al punto que se le efectuó una proyección pensional, por lo que afirma, se debe absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien aparece un material probatorio con respecto a la posible asesoría que le brindó la AFP, ello no tiene ningún sentido pues siendo beneficiaria del régimen de transición y de saber que tendría una mejor pensión en COLPENSIONES, contrario a lo que recibiría en el fondo de pensiones que sería menos de un salario mínimo lo cual no ha cambiado al día de hoy y por ende, tendría que acudir a la garantía de pensión mínima, de ahí que no exista relación entre la realidad y lo que se dijo en la asesoría, de la cual no se vislumbra las consecuencias negativas e implicaciones que conllevaba el traslado. Finalmente, expone que para la fecha del traslado ya estaba en vigencia la ley 797 de 2003, sin que se le haya explicado que si se trasladaba para esa fecha no se podía devolver en tanto tenía 46 años, lo que denota una total desinformación, pues de haberlo hecho en ningún caso se hubiera trasladado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de PROTECCIÓN S.A es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora FANNY NUBIA GONZÁLEZ MORENO el 1° de febrero de 2004 (fl. 135), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN donde se encuentra afiliada en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde diciembre de 2003 a la fecha (fls. 144 a 146). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES

(fls. 104 a 107), se denota que cotizó a esta de forma interrumpida, del 24 de enero de 1984 al 31 de enero de 2003.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 135 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, al igual que según la carta de validación de asesoría que milita a folio 136, también se dejó constancia que fue asesorada sobre su situación actual y de los factores que podían afectar su escenario pensional, sobre aspectos tales como:

- Pierde el derecho a pensionarse a la edad establecida en el régimen anterior.
- No se puede trasladar nuevamente al régimen anterior.
- Si el salario ha sufrido cambios considerables al reportado a 30 de junio de 1992, posiblemente el capital será insuficiente para financiar la pensión, y la que se le ofrezca será más baja que en el régimen anterior.
- Si cotizó menos de 150 semanas al momento de trasladarse, no tendrá derecho al bono pensional.

Lo cierto es que tal asesoría no puede tenerse como tal, pues pese a que existan unas respuestas, en las que se marcó “SI” a los interrogantes antes planteados, no se demostró la información que se le brindó y si esta fue, clara, veras y oportuna para que ella las respondiera de esa manera, como tampoco se le dijo cuales eran los aspectos del régimen de prima media, para que su decisión se pudiera tener como informada, máxime si era beneficiaria del régimen de transición, pues a 1° de abril de 1994 contaba con 36 años de edad (fl. 20), de ahí que en lo relativo a que perdía el derecho a pensionarse con la edad establecida en el régimen anterior, no se acreditó que se le haya explicado cual era ese régimen y que al ser beneficiaria de la transición, cuales eran los beneficios que perdía, no solo en lo atinente a edad, sino también lo relacionado con la tasa de reemplazo y forma en que se liquidaría la pensión.

Ahora en lo que se refiere a la proyección de la mesada pensional en el RAIS (fl. 137), esta no se ajusta a la realidad de ese momento, empezando que el cálculo se hizo tomando como base una fecha de nacimiento incorrecto, pues se colocó 31 de diciembre de 1969, cuando esta corresponde a 2 de septiembre de 1957 (fl. 20), no se le dijo sobre que modalidad se estaba proyectando y menos aún, se hizo un comparativo con el régimen de prima media, pues se limitó a indicar únicamente el valor de la mesada en el RAIS, cuando si pudo efectuar el cálculo con este, perfectamente lo podía hacer con el RPM teniendo en cuenta su condición de beneficiaria del régimen de transición; por lo que mal haría en decirse que la asesoría fue completa cuando se omitió todo los relacionado con el régimen de prima media.

Aunado a lo anterior, no se observa que se le haya explicado las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes, pues de la documental en comento, se denota que la información fue parcial y conveniente a los intereses de la AFP, tanto así que nada se le dijo respecto a las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta en cada uno de ellos, que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales, además de los beneficiarios y herederos del capital en caso de fallecimiento y de acuerdo a la modalidad, entre otros aspectos.

En igual sentido, debe precisarse que no aparece que se le haya informado que cuando se encontrara a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, no podía trasladarse como lo dispone la Ley 100 de 1993, tan así, que en la carta de validación de la asesoría (fl. 136), ese interrogante aparece en blanco, es decir no obra respuesta alguna sobre este, lo que clarifica una vez más que esas respuestas no estuvieron precedidas de una información objetiva, comparada y transparente, por el contrario, esta fue ambigua e incompleta.

De otro lado, si bien la accionante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para

documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios o conformarse con una asesoría parcializada e incompleta, como en el presente asunto en el que, se itera, PROTECCIÓN pasó por alto efectuar un comparativo entre ambos regímenes efectuando una explicación clara, concisa y detallada de cada uno, teniendo en cuenta para ello su condición de beneficiaria del régimen de transición.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, realizar una aparente asesoría, más una proyección, den por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, máxime cuando estas fueron incompletas; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de

ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuará la demandante del RPM al RAIS, con las consecuencias que ello conlleva.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

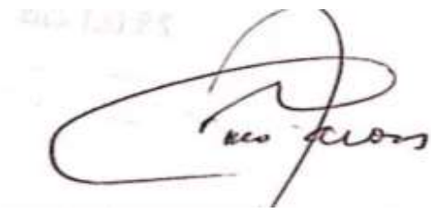
SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de PROTECCIÓN los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

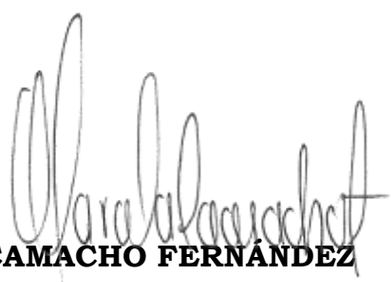
QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

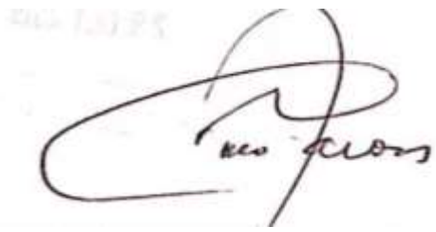
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, la suma de $900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NUBIA STELLA FIGUEROA SAENZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NUBIA STELLA FIGUEROA SAENZ,** se **declare** la nulidad del traslado de régimen efectuada el 1° de noviembre de 1998 a PORVENIR y que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados al RAIS y a esta, a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en dicho régimen, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4), señaló que nació el 13 de octubre de 1961 y se afilió al ISS el 12 de febrero de 1993. Refiere que en noviembre de 1998, los asesores de PORVENIR visitaron las instalaciones

donde laboraba y al momento de su vinculación al RAIS, no fue asesorada de manera completa, clara, veras, oportuna, adecuada y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones sociales que obtendría, los beneficios, ventajas e inconvenientes del RAIS y en general, las implicaciones que sobre sus derechos pensionales debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen. Sostiene que a fecha acredita un total de 1315 semanas cotizadas, al igual que después de efectuar la liquidación pertinente, se estableció un valor de mesada pensional en el régimen de prima media para 2018 de $1.333.669 mientras que en PORVENIR esta sería de $781.242. Finalmente, expone que el 9 y 10 de octubre de 2018 solicitó a las accionadas la nulidad de la afiliación, la cual le fue negada por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 76 a 78), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 9, 10 y 13 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

PORVENIR contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 10 a 110). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 8 y 10 a 13 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de octubre de 2019 (CD – fl. 148), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR a partir del 1° de diciembre de 1998 y como consecuencia de ello, **ordenó** el traslado de todos los aportes realizados por ella y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá recibir

los mismos y activar la afiliación de la actora y **condenó** en costas a PORVENIR.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado en reiterada jurisprudencia que la ineficacia del traslado opera cuando se ha incurrido en error en cuento a la información que se le ha brindado al afiliado al momento de efectuarse el traslado, siendo deber de las AFP suministrar una suficiente, clara y completa información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, como también señaló que corresponde a estos la carga de la prueba en demostrar que brindaron esa información incluso desde las etapas previas a la afiliación hasta llegar de ser el caso, a desanimar al afiliado, al igual que el formulario de vinculación no puede tenerse como prueba para demostrar que la asesoría se suministró en al firma indicada. Sostiene que en el presente caso, no se demostró por parte de PORVENIR la información que al respecto le dio a la demandante al momento del traslado, pues la única prueba que se aportó fue el formulario de afiliación del cual no se extrae la información que se le haya podido suministrar en su momento, sin que sea relevante el hecho que la accionante no sea beneficiaria del régimen de transición, pues ello no le impide predicar la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información. Menciona que no es de recibo lo afirmado por el apoderado de PORVENIR, en el sentido que sea a la afiliada a quien el corresponda indagar sobre las ventajas y desventajas que representaba su decisión, pues por el contrario, es el fondo quien conoce esos aspectos y precisamente es a él como lo ha dicho la jurisprudencia, a quien le corresponde la carga de la prueba y su bien no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de la firma del aludido formulario, lo cierto es que lo que se hecha de menos, es que no se le haya brindado la debida información cuya obligación estaba a cargo de la AFP; por lo que considera, se debe declarar la ineficacia del traslado.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que la demandante aceptó haber recibido información clara y precisa, tan es así que indicó que se podía pensionar a cualquier edad de acuerdo al capital que tenga ahorrado y que cumpla con las condiciones financieras vigentes al momento, como también que al momento de fallecer su dinero pasaba a la familia, aspectos que son ciertos, adicional a que señaló que nunca tuvo inquietudes porque se encontraba satisfecha con la información suministrada. Sostiene que la demandante no tenía una expectativa cierta o una situación consolidada para pensionarse, a más que no estaba obligada para la época a realizar una proyección pensional y de haberla hecho, esta no cumplía con unas expectativas en tanto existió irregularidades en el aporte, es decir, este no fue constante; por lo que solicita se tenga en cuenta que cumplió con la normativa vigente para la fecha del traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado

de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora NUBIA STELLA FIGUEROA SAENZ el 15 de octubre de 1998 (fl. 44), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR donde se encuentra afiliada en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1998 a la fecha (fls. 115 a 126). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 25 y 26), se denota que cotizó a esta de forma interrumpida, del 12 de febrero de 1993 al 31 de octubre de 1998.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 44 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PORVENIR, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también

señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la accionante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario o realizar unas proyecciones con posterioridad, den por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que

posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR el ordinal primero del proveído objeto de alzada y consulta, en el sentido de ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos, es claro que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primer grado en la forma antes indicada y se confirmará en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PORVENIR.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

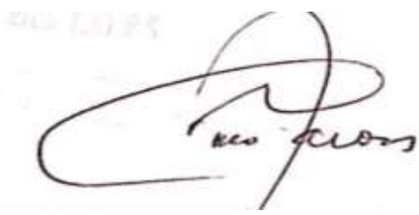
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, únicamente en lo atinente a **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR
Magistrado



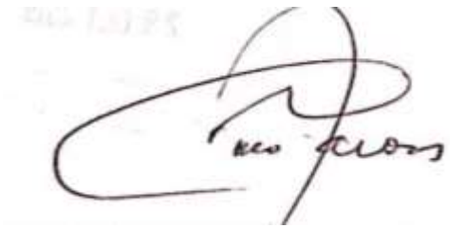
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR, la suma de $900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HUMBERTO CAMARGO ALBA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HUMBERTO CAMARGO ALBA,** se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2016, más los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que nació el 16 de agosto de 1952 y es beneficiario del régimen de transición. Expone que laboró para la empresa MAPLEX COLOMBIANA LTDA en el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1983 y el 30 de enero de 1988, quien omitió realizar los aportes del 1° de noviembre de 1983 al 30 de enero de 1988. Refiere que también trabajó para PC SEGURIDAD INTEGRAL del 23 de septiembre de 1993 al 31 de julio de 2004, periodo en el cual dicha empresa no efectuó aportes del 1° de septiembre de 1997 al 30 de agosto de 1999 y del 1° de agosto de 2002 al 31 de julio de 2004. Sostiene que con el

tiempo que se encuentra en mora, completa más de 536.76 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y más de 1000 en cualquier tiempo. Aduce que mediante Resolución SUB 42349 del 19 de febrero de 2018, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez, bajo el entendido que cuenta con solo 827 semanas. Finalmente, menciona que el 17 de agosto de 2018, radicó ante la demandada solicitud de cobro coactivo y reconocimiento de la pensión de vejez, sin que a la fecha se evidencia normalización de los aportes en mora, afectando gravemente su derecho pensional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 39 a 43), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 11 a 14 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de septiembre de 2019 (CD – fl. 69), **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la pensión de vejez en cuantía de $689.455, a partir del 1° de febrero de 2016, junto con los incrementos y mesadas adicionales, **condenó** a la accionada al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del 1° de febrero de 2016 y hasta que se haga efectivo el pago y **condenó** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discute a calidad de beneficiario del régimen de transición por parte del demandante, acreditando a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 más de 40 años de edad. Refiere que del reporte de semanas cotizadas se denota que acredita 822.86 semanas, las cuales abarcan el lumbral establecido por el acto legislativo 01 de 2005 para que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014, de ahí que la prestación deba estudiarse de acuerdo a

las reglas del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990. Menciona que revisada la historia laboral del mandante se tiene acredita 827.29 semanas y realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, es decir, entre el 16 de agosto de 1992 al mismo día y mes de 2012, data en a que cumplió los 60 años de edad, da como resultado 353.71 semanas sim acreditar los requisitos exigidos en dicha norma para acceder a la pensión. Advierte que los periodos 1/11/1983 a 31/07/1989, se encuentran en mora con al siguiente anotación "*periodo en mora por parte del empleador",* razón social MAPLES COLOMBIS LTDA y otro con PROMOCIONES LTDA que corresponde al 4/11/1982 a 31/12/1982, a lo que la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la mora del empleador, ha señalado que esta no puede ser trasladada de manera alguna al trabajador y por tanto, no debe ser obstáculo para el reconocimiento pensional. Aduce que en el plenario no obra prueba alguna que COLPENSIONES haya realizado el respectivo cobro coactivo de los periodos en mora, motivo por el cual las semanas excluidas por las razones indicadas deben ser tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de la prestación. Sobre los periodos laborados con el empleador SEGURIDAD INTEGRAL, solo aparecen en mora los periodos 1/1/1998 a 30/08/1999, 3/1997 y 12/1997, los cuales también se tendrán en cuenta, sin que se haya demostrado la existencia de otros periodos en mora con dicho empleador. Afirma que sumados esos tiempos con los que aparecen en la historia laboral, arroja un total de 1.187 semanas a 31 de diciembre de 2014, cumpliendo con los requisitos para acceder a la pensión deprecada.

En cuanto al monto de la pensión, indica que esta será sobre el salario mínimo legal vigente, la cual se reconocerá a partir del 1° de febrero de 2016, como quiera que la última cotización data del 30 de enero de la misma anualidad, sin que se encuentre probada la excepción de prescripción, en la medida que no trascurrieron más de 3 años desde la fecha de la última cotización y la de la reclamación.

Finalmente, en lo atinente a los intereses moratorios, tomará como fecha de inicio para liquidarlos el 1° de febrero de 2016, fecha a partir de la cual le será reconocida la prestación, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que el demandante cumplió con el requisito de la edad el 16 de agosto de 2012 y logró acreditar, 822.86 semanas al 25 de julio de 2005, lo que quiere decir que conserva el régimen de transición hasta el 2014, sin embargo, no obtuvo el status de pensionado para esa data, en tanto solo logró acreditar la misma cantidad de semanas y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, demostró 323.71 semanas, de ahí que no se puedan tener en cuenta los periodos que tomó el despacho con los empleadores MAPLEX y PC SEGURIDAD INTEGRAL, puesto que la entidad no tiene prueba si quiera sumaria de la existencia de una relación laboral, ni se allegó al acervo probatorio una certificación laboral que adujera el reconocimiento de estas semanas de cotización, a lo que la entidad inició las gestiones de cobro sin que se pudiera acreditar la existencia de esa relación laboral; por lo que no es procedente el reconocimiento de la pensión.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante es beneficiario del régimen de transición y en caso afirmativo, establecer si tiene derecho a la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para ello los tiempos que aduce aparecen en mora con los empleadores MAPLEX COLOMBIANA LTDA y PC SEGRIDAD INTEGRAL.

Semanas cotizadas

Indica el demandante que se deben sumar los periodos cotizados bajo los empleadores MAPLEX COLOMBIANA LTDA en el periodo comprendido entre el 1/11/1983 y el 30/1/1988 y con PC SEGURIDAD INTEGRAL del 1/9/1997 al 30/8/1999 y del 1/8/2002 al 31/7/2004, los cuales según aquel, aparecen en mora.

Revisado el reporte de semanas tradicionales allegado por COLPENSIONES en el expediente administrativo de folio 51, en lo que tiene que ver con el empleador MAPLEX COLOMBIANA LTDA, se tiene que para el ciclo 1/11/1983 a 31/7/1989, aparece con deuda.

De otro lado, tal y como lo indicó el a quo, del referido reporte también se observa que con el empleador ADI PROMOCIONES LTDA presenta deuda por el periodo del 4 de noviembre al 31 de diciembre de 1982. Tiempo este que si bien no fue solicitado en la demanda, si se trató de un hecho discutido en el proceso, pues el mismo versó entre otros, en los aportes en mora que no fueron tenidos en cuenta por el ente de seguridad social al momento del reconocimiento de la pensión, de ahí que el a quo en uso de las facultades ultra y extra petita, los incluyera.

Ahora, en lo atinente al empleador PC SEGURIDAD INTEGRAL, de la historia laboral de folios 44 a 48, se evidencia que para el periodo de marzo de 1997, se indica *"deuda presunta, pago aplicado a periodos posteriores"*, sin que se denote a que ciclo fue aplicado dicho pago, como tampoco aparecen cotizaciones para el lapso de septiembre de 1997 a agosto de 1998.

Conforme a ello, es claro que la accionada debió sumar en la historia laboral el tiempo en comento, pues dentro de sus obligaciones se encuentra las de efectuar las acciones de cobro a los empleadores morosos de conformidad con el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la entidad en los respectivos reportes, acepta que en efecto existió una mora, estando a su cargo la obligación de cobrar esas cotizaciones; luego carece de toda lógica y sentido que pretenda alegar su propia culpa en beneficio, al pretender que sea la accionante quien asuma las consecuencias por la falta de cobro de la entidad, cuando esa carga se encuentra exclusivamente en cabeza del ente de seguridad social, quien en este asunto, actuó de manera negligente al no iniciar en tiempo el respectivo cobro coactivo.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia SL – 2728 del 4 de julio de 2018, en la que hace alusión a la SL 19565 de 2017, en la que indicó:

"Sobre el punto jurídico en cuestión, esto es, la mora del empleador en el pago de cotizaciones al Sistema general de Pensiones, esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable."

(..)

"De esta línea jurisprudencial queda claro que, es la administradora de fondos de pensiones quien tiene la responsabilidad de reconocer el beneficio pensional, cuando el empleador afilió al trabajador, no pagó los aportes, y el fondo no hizo la gestión de cobro respectiva. Lo anterior, por cuanto la Corte ha considerado que la cotización al Sistema General de Pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras (CSJ SL19565-2017)."

(..)

"En este orden de ideas, a las administradoras de pensiones se les ha impuesto la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustrae de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el Sistema de Seguridad Social les otorgó herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (CSJ SL19565-2017)."

"Es debido a lo anterior que esta Corporación ha reiterado que al concurrir las obligaciones de los empleadores (como es el pago de los aportes) y la de las administradoras (su cobro respectivo en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado."

Así las cosas, sumados los ciclos que aparecen en mora con los empleadores en comento y que equivalen a 360 semanas, a las 827.29 que aparecen en la historia laboral, arroja un total de **1.187.29 semanas**.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 29 del expediente aparece copia de la cédula de ciudadanía del actor, donde se evidencia que nació el 16 de agosto de 1952, acreditando al 1º de abril de 1994, 41 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición.

Ahora en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta el año 2014.

Al constatar si el accionante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que acredita **1.182.86 semanas**, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición en los términos anotados, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 el cual exige para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad el hombre, 55 la mujer, 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si cumple con tales requisitos, se acredita que el 16 de agosto de 2012 cumplió 60 años de edad y un total de **1.182.86 semanas** a 31 de diciembre de 2014; demostrando las exigencias dadas por la norma en cita para acceder a la pensión de vejez.

En cuanto a la fecha de exigibilidad de la pensión la misma debería ser desde el 2 de enero de 2016, como quiera que la novedad de retiro data del 1° de enero de la misma anualidad, empero, se dejará la establecida por el a quo, esto es, **1° de febrero de 2016** en la medida que al ser COLPENSIONES el único apelante y dado además el grado jurisdiccional que le asiste, no se puede hacer más gravosa su situación.

Reconocimiento que se hará sobre 13 mesadas al año, toda vez que la actor pese a efectuar cotizaciones hasta enero de 2016, causó su derecho en

agosto de 2012, data para la cual en virtud del acto legislativo 01 de 2005, no se pueden devengar más de 13 mesadas, de ahí que sobre este punto se modifique la sentencia de primer grado dado el grado jurisdiccional a favor de la accionada, en la medida que el a quo omitió indicar de manera concreta sobre cuantas mesadas al año se pagaría la prestación.

Sobre el monto de la mesada pensional, la misma corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente para 2016, esto es, **$689.455,** toda vez que las cotizaciones efectuadas por el demandante en su mayoría lo fueron sobre la base del salario mínimo y las que lo sobrepasaron, no superaban dos salarios mínimos.

Prescripción

Al respecto, observa la sala que no se encuentra probado dicho medio exceptivo, toda vez que el accionante solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión el 22 de noviembre de 2017 (CD – fl. 51) y la demanda la presentó el 23 de enero de 2019 (fl. 30), sin que entre una fecha y otra haya trascurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Intereses moratorios – ponencia compartida

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo ha indicado entre otras en sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344.

De otro lado no debe olvidarse, que los artículos 9º de la Ley 797 de 2003 y 4º de la ley 700 de 2001 establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo, indica la última de las normas citadas, no mayor de 6 meses contados a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

Apreciación ésta que encuentra sustento en el hecho que el término de 4 meses establecido en el parágrafo del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se estableció para el reconocimiento de la prestación, mientras que los 6 meses de que trata el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 lo es para su pago, razón por la cual no pueden asimilarse ambos conceptos, pues una cosa es que la entidad otorgue la prestación y otra que la incluya en nómina y efectúe su pago, en tanto puede ocurrir que la conceda en término pero que no la incluya en nómina inmediatamente, de ahí que tenga 4 meses para reconocer la pensión y 2 para incluirla en nómina para un total de 6 meses.

Aunado a ello, debe recordarse que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se causan siempre que la entidad de seguridad social incurra en mora en el pago de las mesadas pensionales y no en su reconocimiento, de ahí que los mismos se generen vencidos los 6 meses de elevada la solicitud, pues es ahí cuando culminado el término para incluir la prestación en nómina si ésta no se empieza a pagar, corre a cargo del ente de seguridad social el pago de los referidos intereses.

No obstante para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.

En ese orden de ideas, observa esta Colegiatura que la entidad de seguridad social a través de la Resolución SUB 42349 del 19 de febrero de 2018 (CD – fl. 51), negó la pensión de vejez al actor bajo el entendido que no acreditaba las semanas requeridas para ello, desestimando los ciclos cotizados con el empleadores en mora, pasando por alto su obligación de cobrarlos; por lo que se condenará a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir del **22 de marzo de 2018** esto es, 4 meses después de elevada la solicitud de pensión la cual data del 22 de noviembre de 2017, sin que haya lugar a su reconocimiento desde el 1° de febrero de 2016 como lo indicó el a quo por cuanto para esa data el actor no había elevado solicitud alguna ante COLPENSIONES. Intereses que se cancelaran hasta que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas, a la tasa máxima de intereses bancario certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la fecha de su pago.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en lo que al número de semanas al año se debe pagar la prestación y la fecha de exigibilidad de los intereses moratorios, y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

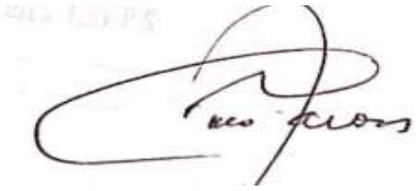
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de indicar que la pensión de pagará por 13 mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO del proveído objeto de alzada y consulta, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **22 de marzo de 2018** y hasta que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas, a la tasa máxima de intereses bancario certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la fecha de su cancelación.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el providencia impugnada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

(Salva voto parcial por la forma en que se calculan los intereses moratorios)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

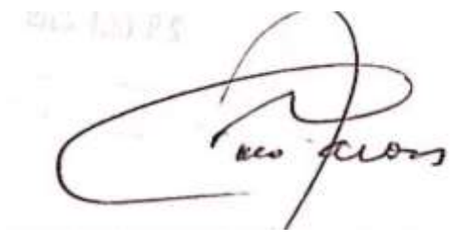
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de $900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORRREDOR

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BEATRIZ STERLING ROJAS contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **BEATRIZ STERLING ROJAS,** se **declare** la nulidad de la afiliación al RAIS a través de COLFONDOS, efectuado el 30 de enero de 2004. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLFONDOS traslade a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos, valores descontados por gastos de administración y demás causados con motivo de su afiliación y a esta, a recibirla en el régimen de prima media junto con la totalidad de lo que traslade COLFONDOS, además de actualizar la historia laboral, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 5 y 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 6 a 9), señaló que efectuó aportes al ISS del 13 de julio de 1984 al 28 de febrero de 2004. Refiere que el 30 de enero de 2004 se afilió a COLFONDOS, quien le informó que se podía pensionar a cualquier edad y con un monto más alto al que le correspondería en el ISS, el cual, según lo dicho por la asesora, se iba a acabar y sus afiliados tenían que pasar a una AFP pues de lo contrario no se pensionarían pro cuanto perdería las semanas cotizadas. Expone que a asesora jamás le informó cuales eran las condiciones que debía cumplir para acceder a la pensión en dicho fondo, ni que una de las condiciones para pensionarse a la edad que quería era reunir en la cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar una pensión mensual vitalicia superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, como tampoco le dio a conocer las diferentes alternativas de pensión, la cual podía ser variable dependiendo de la modalidad de pensión que escogiera, de los aportes voluntarios que efectuara, rentabilidad del fondo, comportamiento del mercado, edad y grupo familiar, al igual que omitió información en cuanto a las implicaciones que conllevaba el traslado. Finalmente, sostiene que elevó reclamación ante las accionadas el 1 y 14 de febrero de 2019.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLFONDOS se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 66 a 80). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2 y 7 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de a obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción, compensación y pago.

A su turno, **COLPENSIONES** contestó la demanda (fls. 115 a 122), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 6, 7, 23 y 24 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de septiembre de 2019 (CD – fl. 131), **declaró** la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media al RAIS, realizado el 30 de enero de 2004, para entenderla vinculado en forma válida al régimen de prima media a través de COLPENSIONES, **condenó** a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros generados causados y a esta, a aceptar el traslado de los dineros y active la afiliación, como si nunca se hubiese trasladado, además de actualizar la información de la historia laboral en semanas cotizadas, **declaró** no probada la excepción de prescripción y **condenó** en costas a COLFONDOS incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que, revisado el formulario de afiliación, se observa que en este no se llenó el acápite de beneficiarios, cuando para la época (enero de 2004), la actora tenía cónyuge, hijos y padres, por lo que de conformidad con los incisos 4° y 6° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, la omisión en el lleno de los requisitos para diligenciar el formulario conlleva a la ineficacia de la afiliación, máxime cuando ese yerro no fue subsanado por la demandada. Sostiene que para la fecha en que se trasladó la demandante, ya existía la obligación específica de los fondos de pensiones, de brindar una información, completa veraz y oportuna al posible afiliado acerca de las condiciones prestacionales, sin que en el plenario obre prueba que demuestre que se le brindó información acerca de las ventajas y desventajas del traslado. Menciona que, de antaño, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que corresponde a las AFP la carga de la prueba y no al afiliado, en el sentido de demostrar que la información que se brindó fue oportuna y verás, sin que sea necesario que el afiliado tenga un derecho adquirido, sea beneficiario del régimen de transición o este próximo a pensionarse. Finalmente, aduce que como la demandada no logró demostrar que le brindó la suficiente información a la

accionante al momento del traslado, considera, se debe declarar la ineficacia del traslado.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP COLFONDOS en enero de 2004 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de los dineros que obran en la cuenta del accionante, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

> *"Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.*
>
> *Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto*

indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales."

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR, el ordinal segundo del proveído objeto de consulta, en el sentido de ordenar a COLFONDOS el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado, en la forma antes anotada.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

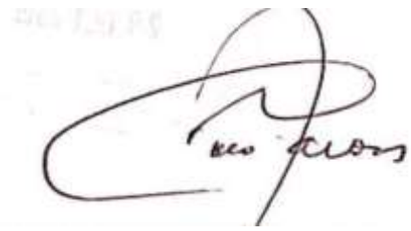
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia consultada, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS el traslado a COLPENSIONES, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado